This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

HARVARD COLLEGE
LIBRARY

FROM THE FUND OF
FREDERICK ATHEARN LANE
OF NEW YORK
Class of 1849

LXXV^e ANNIVERSAIRE

DE

M. LE PROFESSEUR HERMANN FITTING

MÉLANGES FITTING

TOME I

MONTPELLIER
SOCIÉTÉ ANONYME DE L'IMPRIMERIE GÉNÉRALE DU MIDI
—
1907

W. 11632
Gov 6216,4

HARVARD COLLEGE
JUL 6 1908
LIBRARY.

Lane fund
(I)

MONSIEUR LE PROFESSEUR ET TRÈS VÉNÉRÉ MAÎTRE,

L'Université de Montpellier et un grand nombre de vos anciens élèves, de vos amis, de vos collègues, de vos admirateurs, se sont réunis pour vous offrir, à l'occasion de votre soixante-quinzième année, leurs souhaits de longue vie et le tribut de leurs hommages et de leur vénération.

Pendant cinquante-quatre ans de labeur ininterrompu vous vous êtes attaché, à la suite de la grande école romaniste que l'initiative de Savigny avait suscitée, mais que sa mort laissait désemparée, à faire revivre la législation romaine, non pas seulement dans sa forme antique ou dans ses origines, mais surtout au contraire dans les changements qu'elle a subis au contact du monde européen barbare et moderne, et aussi dans l'immense influence qu'elle a exercée sur toute la civilisation nouvelle et sur la notion même de l'équité au Moyen-Age. Après avoir, dans de célèbres études sur les obligations solidaires ou sur le peculium castrense marqué votre place parmi les plus savants romanistes; après avoir ouvert une voie nouvelle et féconde dans vos recherches sur le classement chronologique des ouvrages des jurisconsultes romains; après avoir étudié d'abord les documents dans lesquels la science romaine s'était transmise à nous à travers les invasions; montré, par de patientes recherches, que jamais du VI^e^ au XII^e^ siècle l'enseignement du Droit romain n'avait disparu et retrouvé dans nos vieux manuscrits de précieux témoignages de cet enseignement; après avoir appliqué votre effort aux œuvres intermédiaires, si altérées dans la forme sous laquelle elles nous sont parvenues et si importantes au point de vue de l'autorité dont elles ont joui, comme les *Exceptiones legum Romanorum* ou le *Brachylogus;* suivant dans votre marche régulière une progression rigoureusement chronologique, vous en êtes venu à nous retracer les débuts de la grande école romaniste de Bologne, cette mère de toute la Renaissance romaniste, à nous reconstituer d'abord une des physionomies les plus inconnues en même temps que les plus célèbres du début du XII^e^ siècle, celle d'Irnerius, et à nous révéler, en les lui attribuant, des œuvres qui ont exercé une influence considérable sur toute la littérature juridique de cette époque. Ceux qui se reportent à

ces quinze dernières années savent bien quelle profonde émotion ont produite dans l'Europe savante la Somme au Code et les Questiones du manuscrit de Troyes, à quelles controverses passionnées, à peine éteintes aujourd'hui, elles ont partout donné lieu. Puis c'est le prédécesseur d'Irnerius, Pepo, qui a, pendant un court instant, retenu votre attention. Et votre infatigable activité, continuant toujours sa tâche, a consacré ces dernières années à la publication longuement et patiemment élaborée du document capital qu'est lo Codi, somme du XII^e^ siècle écrite originairement en provençal, traduite en une multitude de dialectes et même en latin par un Italien, Ricardus Pisanus, preuve éclatante de la diffusion du droit romain dans le Midi de la France dès cette époque ancienne, et du caractère essentiellement pratique qu'il y a déjà revêtu. Et voilà même qu'à peine venu à bout de ce gros travail, vous commencez dans vos récentes « Questiones » à faire sortir du néant ces célèbres Ecoles françaises d'Angers et de Paris, sur lesquelles Savigny nous avait malheureusement si peu renseignés. Toutes ces œuvres, il vous a enfin fallu, durant ce dernier quart de siècle, les défendre une à une, pied à pied. Cette lutte, toujours si sincère, d'une si grande probité scientifique et en même temps si ardente, n'a jamais servi qu'à projeter sur le passé de nouveaux jets de lumière qui en ont mieux éclairé les profondeurs.

La courte et bien insuffisante énumération que nous venons de faire ne donne que trop imparfaitement la physionomie de votre œuvre. C'est en réalité d'une évocation presque complète de tout le début du grand travail d'éducation juridique et morale accompli au Moyen-Age par la discipline romaine que vous nous avez donné le superbe spectacle. Indépendamment de l'admiration et de la sympathie que provoquent toujours le talent et le labeur sincère et acharné, l'Europe scientifique aurait vraiment fait preuve d'ingratitude si elle n'avait pas tenu à vous remercier de l'œuvre que vous avez accomplie. La page de son histoire que vous lui avez retrouvée est une des plus importantes de son passé. Toutes les nations de l'Europe occidentale se sont réunies depuis le Moyen-Age dans le même culte du droit romain. Le Christianisme et le Droit romain ont été les deux grandes forces d'unification que les formations nationales ont ensuite affaiblies. C'est encore aujourd'hui l'histoire du droit romain au Moyen-Age qui forme le principal lien entre les diverses histoires nationales du droit. Et c'est peut-être sur sa reconstitution que devrait porter surtout l'effort de l'érudition juridique.

La connaissance de ce grand passé est bien loin pourtant d'être complète : il y faudra le travail de plusieurs générations. Mais vous en aurez été avec Savigny, l'initiateur et le guide. Et c'est encore d'avoir rempli ce rôle avec le dévouement et l'abnégation patiente qu'il comporte, que beaucoup d'entre nous tiennent à vous remercier. Nous en voudriez-vous de laisser soupçonner ici, pour expliquer entièrement notre admiration, les raisons profondes que le cœur connaît et que la parole exprime mal? Tous ceux qui vous ont approché ou qui, de loin, ont eu recours à votre érudition sans bornes, n'oublieront jamais que vous avez été pour eux serviable et bienveillant, plein d'encouragements, toujours prêt à leur donner sans compter votre temps et votre peine, que vous avez été le Maître, au sens qu'on donnait à ce mot aux temps anciens de la Renaissance, ardent à transmettre aux plus jeunes cette belle science romaniste à laquelle vous avez consacré votre vie, et à développer en eux ces qualités de finesse, d'ingéniosité patiente et d'imagination féconde dont vous leur donniez le modèle, tout prêt à leur livrer les épis dont le temps ne vous permettait plus de lier la gerbe, tout heureux et fier de ce qu'ils pouvaient trouver à leur tour dans ce vaste et obscur passé.

C'est pour tout cela qu'ils sont heureux de vous dire aujourd'hui leur reconnaissance et leur vénération.

L'Université de Montpellier a cru devoir prendre l'initiative de la célébration de cet anniversaire à cause des relations cordiales qu'elle a toujours eues avec celle de Halle, à cause de la place qu'ont tenue dans son passé ces juristes, maîtres ou disciples, bolonais ou français, dont vous avez si fortement ravivé le souvenir. C'est presque sur ses terres que sont nées les grandes œuvres que vous venez de découvrir et dont l'éclat a rempli toute la France méridionale. Il lui était aussi infiniment agréable alors que, cette année même, un de ses maîtres les plus vénérés, M. le professeur Chabaneau, avait été honoré d'un pareil jubilé par les plus illustres représentants de la science allemande, de donner à son tour l'heureux exemple de la même fraternité et d'unir dans une même admiration les noms du grand juriste et du grand philologue.

Elle a d'ailleurs bien compris que votre œuvre dépasse en portée les bornes d'une province ou même d'un pays et elle a voulu faire appel à toute l'Europe savante. Elle a sollicité tous les concours : juristes, historiens, érudits, hommes épris de la culture romaine. Pour les obtenir, elle a été puissamment aidée par les maîtres éminents qui, pour chaque pays, ont tenu à honneur de lui accorder le secours de leur activité et

de leur autorité scientifique et consenti à accepter chez eux le patronage de l'œuvre. Ce sont :

Pour l'Allemagne, M. le professeur Suchier (Université de Halle).

Pour l'Autriche, M. le professeur Wahrmund (Université d'Innsbruck).

Pour la Belgique, M. le professeur Van Wetter (Université de Gand).

Pour l'Espagne, M. le professeur Raf. Altamira (Université d'Oviedo).

Pour la France, M. le professeur Meynial (Université de Montpellier).

Pour la Grande-Bretagne, M. le professeur Vinogradoff (Université d'Oxford).

Pour l'Italie, M. le professeur Brugi (Université de Padoue).

Pour les Pays-Bas, M. le professeur Max Conrat (Université d'Amsterdam).

Pour la Suisse, M. le professeur de Tourtoulon (Université de Lausanne).

Sous cette haute direction, afin de conserver le souvenir de cette célébration, tous les savants dont vous allez lire les noms se sont réunis en vue de vous offrir un volume qui aura pour titre : *Mélanges Fitting*, et qui contiendra des études de droit romain postérieur au IV^e^ siècle après Jésus-Christ, ou de droit canonique. Ils font seulement appel à votre indulgence pour leur accorder à ce sujet un crédit de quelques mois.

Tous ensemble veulent dès aujourd'hui déposer à vos pieds, avec leurs souhaits de longue vie, le témoignage de leur admiration et de leur respect.

Montpellier, le 25 août 1906.

Ed. Meynial,
Professeur d'histoire du Droit à l'Université de Montpellier.

SOUSCRIPTEURS

Académie de Palerme.

Jean Acher (Paris).

Professeur Raf. Altamira y Crevea (Université d'Oviedo).

Docteur Appert, secrétaire de la Nouvelle Revue historique de droit français et étranger.

Professeur Appleton (Université de Lyon).

Professeur A. Ascoli (Université de Pavie).

Professeur Audibert (Université de Paris).

Professeur de Azcarate y Menendez (Université de Madrid).

Professeur Barde (Université de Bordeaux).

Professeur Baviera (Université de Palerme).

Joseph Berthelé, archiviste paléographe, archiviste départemental de l'Hérault.

Professeur Enr. Besta (Université de Palerme).

Bibliothèques : Brit. Museum.

— Ecole Nationale des Chartes.

— Faculté de Droit de Paris.

— Faculté de Droit de Fribourg.

— Faculté de Droit de Lausanne.

— Faculté de Droit de Neufchâtel.

— Faculté de Droit de Padoue.

— Faculté de Droit de la Northwestern University de Chicago.

— Impériale de Strasbourg.

— Palatine de Parme.

— Royale de Bruxelles.

— Séminaire de Droit de l'Université de Halle.

— Schweizerische Landesbibliothek (Berne).

— des Universités de : Aix.

— — Bordeaux.

— — Bruxelles.

— — Cambridge (Angleterre).

— — Cambridge [Harvard college library] (Etats-Unis).

— — Gand.

— — Halle.

— — Heidelberg.

Bibliothèques des Universités de : Iéna.
— — Leipzig.
— — Liège.
— — Marburg.
— — Montpellier.
— — Munich.
— — Oviedo.
— — Oxford [Bodleian library].
— — Poitiers.
— — Toulouse.

Librairie Bocca (Turin).

Professeur P. Bonfante (Université de Milan).

Professeur Bonnet (Université de Montpellier).

Professeur Boulard (Université de Lille).

Professeur Brandileone (Université de Parme).

Professeur Brini (Université de Bologne).

Professeur Brugi (Université de Padoue), doyen de la Faculté de Droit.

Professeur Buscemi (Université de Messine).

Professeur E. Caillemer (Université de Lyon), doyen de la Faculté de Droit, membre correspondant de l'Institut.

Professeur Rob. Caillemer (Université de Grenoble).

Professeur F. Canella y Secades (Université d'Oviedo), recteur de l'Université.

Professeur José Castillejo (Université de Séville)

Professeur Chabaneau (Université de Montpellier).

Professeur Charmont (Université de Montpellier).

Professeur Chausse (Université de Montpellier).

Professeur Chénon (Université de Paris).

Professeur Chiappelli (Université de Pise).

Professeur Ciccaglione (Université de Catane).

Professeur Cicogna (Université de Padoue).

Circolo Giuridico di Palermo.

Professeur Clark (Université de Cambridge).

Professeur Cornil (Université de Bruxelles).

Professeur Cuq (Université de Paris).

Professeur J. Declareuil (Université de Montpellier).

Professeur Dufourcq (Université de Bordeaux).

Charles Durget, Ancien Notaire, Laval.

Professeur Erman (Université de Münster).

Professeur Elsa Olava Kristina Eschelsson (Université d'Upsal).

Professeur Esmein (Université de Paris), membre de l'Institut.

M. Fabrège (Montpellier).

Professeur Flach, Collége de France (Paris).

Docteur Floegel, Geheimer Oberjustizrat und Senatspräsident (Naumburg sur Saale).

Professeur Ed. Flynn (Université Laval, Québec).

Professeur Paul Fournier (Université de Grenoble), doyen de la Faculté de Droit.

Professeur Gérardin (Université de Paris).

Professeur Otto Gierke (Université de Berlin).

Professeur Giffard (Université de Lille).

Professeur P.-Fréd. Girard (Université de Paris).

Professeur del Giudice (Université de Pavie), sénateur.

† Professeur Glasson (Université de Paris), doyen de la Faculté de Droit, membre de l'Institut.

Professeur J. Ros. Gomez (Université de Valence).

Harvard college library (Cambridge, Etats-Unis d'Amérique).

Professeur E. de Hinojosa (Université de Madrid).

Professeur Hruza (Université d'Innsbruck).

M. Jaton, notaire (Lausanne).

Docteur Jeanton, Avocat à la Cour d'Appel de Paris.

† Docteur Jessionesse, rédacteur en chef du *Recueil des Lois et Arrêts* de J.-B. Sirey.

Professeur Jobbé-Duval (Université de Paris).

Professeur Lainé (Université de Paris).

Professeur E. Landsberg (Université de Bonn).

Professeur L. Landucci (Université de Padoue), député au Parlement.

Professeur Lassen (Université de Copenhague).

Professeur Lastig (Université de Halle).

Professeur Lefebvre (Université de Paris).

Professeur Leicht (Université de Cagliari).

Professeur Lenel (Université de Strasbourg).

Professeur Leonhard (Université de Breslau).

Professeur Leoni (Université de Macerata).

Professeur Lepoittevin (Université de Paris).

Professeur Levi (Université de Padoue).

Professeur Liebermann (Berlin).

Professeur Litten (Université de Halle).

Professeur Louis Lucas (Université de Dijon).

Professeur Luschin von Ebengreuth (Université de Graz).

Docteur Mahoudeau, avocat général (Cour d'appel de Rennes).

Professeur Maitland (Université de Cambridge).

Professeur Martin (Université de Rennes).

Professeur MERKEL (Université de Göttingue).
Professeur MEYNIAL (Université de Montpellier).
Professeur MITTEIS (Université de Leipzig).
Professeur MONNIER (Université de Bordeaux), doyen de la Faculté de Droit.
Professeur NICOLSKI (Université de Saint-Pétersbourg)
M. OBRIST, procureur général du canton de Vaud (Lausanne).
Professeur PATETTA (Université de Modène).
Professeur L.-G. PÉLISSIER (Université de Montpellier).
Professeur Michel PERGAMENT (Université de Saint-Pétersbourg).
Professeur PIVANO (Université de Camerino).
Professeur POKROWSKI (Université de Saint-Pétersbourg).
Professeur POLACCO (Université de Padoue), recteur de l'Université.
REVUE HISTORIQUE (Nouvelle) de Droit français et étranger.
Professeur ROBERTI (Université de Padoue).
Docteur ROGÉ (Université de Toulouse).
M. ROUGE, libraire (Lausanne).
Professeur RUFFINI (Université de Turin).
Professeur RUEMELIN (Université de Tubingue).
RYLANDES library (Manchester).
Professeur SCHIFFNER (Université d'Innsbruck).
Professeur SCHULTZE (Université de Strasbourg).
Professeur SCIALOJA (Université de Rome).
Professeur SEGRÈ (Université de Parme).
Professeur DE SENARCLENS (Université de Liège).
Professeur L. SICILIANO (Université de Sassari).
Professeur SOLAZZI (Université de Macerata).
Professeur STOUFF (Université de Dijon).
Professeur TESTAUD (Université de Poitiers).
Professeur Fried. THANER (Université de Graz).
Professeur THOMAS (Université de Paris), membre de l'Institut.
Professeur DE TOURTOULON (Université de Lausanne).
Professeur TRAUBE (Université de Munich).
Professeur Rafael DE URENA (Université de Madrid).
Professeur VAN WETTER (Université de Gand).
Professeur DEL VECCHIO (Istit. di studi super. de Florence).
Professeur VIGIÉ (Université de Montpellier), doyen de la Faculté de Droit.
Professeur VINOGRADOFF (Université d'Oxford).
Professeur VIOLLET (Université de Paris), membre de l'Institut.
Professeur WAHRMUND (Université d'Innsbruck).

Professeur WENGER (Université de Graz).
Professeur WESTLAKE (Université de Cambridge).
Professeur VON WRETSCHKO (Université d'Innsbruck).
Professeur P. Paolo ZANZUCCHI (Université de Camerino).
Professeur ZDEKAUER (Université de Macerata).
Professeur ZOLL (Université de Cracovie).

ASSOCIÉS

ACADÉMIE DE LÉGISLATION DE TOULOUSE.
Jean ACHER (Paris).
Docteur Ch. AURIOL (Montpellier).
Recteur Antoine BENOIST (Université de Montpellier).
Henri BENOIST, avocat à la Cour d'appel de Montpellier.
Professeur BERTHÉLEMY (Université de Paris).
Professeur BLONDEL (Paris).
Professeur BRUGI (Université de Padoue), doyen de la Faculté de Droit.
Professeur BUSCEMI (Université de Messine).
Professeur CAMMEO (Université de Padoue).
Professeur CHIAPPELLI (Université de Pise).
Docteur CHIBRET, Clermont-Ferrand.
Professeur E. COSTA (Université de Bologne).
Professeur DEJACE (Université de Liège).
Professeur DELOGU (Université de Catane).
Professeur DERNBURG (Université de Berlin).
M. FABRÈGE (Montpellier).
Professeur FINGER (Université de Halle).
Professeur GIDEL (Université de Grenoble).
Professeur GINER DE LOS RIOS (Université de Madrid).
Professeur DEL GIUDICE (Université de Pavie).
Professeur GLAIZE (Université de Montpellier).
Professeur GRASSET (Université de Montpellier).
Professeur VON HUSSAREK (Université de Vienne).
Professeur INGSTAD (Université de Christiania).
Istituto di storia del diritto romano (Catane).
Professeur JÖRS (Université de Vienne).
Professeur H. LANGELIER (Université de Québec), doyen de la Faculté de Droit.

Professeur Lastig (Université de Halle).
Professeur Leicht (Université de Cagliari).
Professeur Margat (Université de Montpellier).
Professeur Meynial (Université de Montpellier).
Professeur Nicolski (Université de Saint-Pétersbourg).
M. Paulian, directeur de la Banque de France (Montpellier).
Recteur Perreau (Université de Toulouse).
Professeur Pescatore (Université de Greifswald).
Professeur J. Pfaff (Université de Prague).
Professeur L. Pfaff (Université de Vienne).
Professeur Porte (Université de Montpellier).
Professeur Posada (Université d'Oviedo).
Professeur Ruggiero (Université de Cagliari).
Professeur Schiffner (Université d'Innsbruck).
Professeur Schwartz (Université de Halle).
Professeur Schwind (Université de Vienne).
Professeur Anic. Sela (Université d'Oviedo).
Professeur Suchier (Université de Halle).
Professeur Rafael de Urena (Université de Madrid).
Professeur Viltard (Université de Poitiers).
Docteur Vivarès (Montpellier).
Professeur von Voltelini (Université d'Innsbruck).
Professeur Wahrmund (Université d'Innsbruck).
Professeur Zdekauer (Université de Macerata).

Bibliographie des Œuvres de M. le Professeur Hermann FITTING

I. — Ouvrages publiés isolément

1. Ueber den Begriff von Haupt-und-Gegenbeweis und verwandte Fragen. Doctor-Dissertation. Erlangen, 1853.
2. Ueber den Begriff der Rückziehung. Habilitationsschrift. Erlangen, 1856.
3. Die Natur der Correalobligationen. Erlangen, 1859.
4. Ueber das Alter der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander. Basel, 1860.
5. Grundriss zu Vorlesungen über Institutionen. Halle, 1863. 2. Aufl. Halle, 1876. 3. Aufl. Leipzig, 1895.
6. Grundriss zu Vorlesungen über römischen Civilprocess. Halle, 1863. 2. Aufl. 1881.
7. Zur Geschichte des Soldatentestamentes. Halle, 1866.
8. Ueber die sog. Turiner Institutionenglosse und den sog. Brachy logus. Halle, 1878.
9. Das castrense peculium in seiner geschichtlichen Entwickelung und heutigen gemeinrechtlichen Geltung. Halle, 1871.
10. Glosse zu den Exceptiones Legum Romanarum des Petrus. Halle, 1874.
11. Zur Geschichte der Rechtswissenschaft am Anfange des Mittelalters. Rectorats-Rede. Halle, 1875.
12. Juristische Schriften des früheren Mittelalters. Halle, 1876.
13. Der Reichs-Civilprocess. Berlin, 1878. 12. u. 13. Aufl. 1907.
14. Zur Einführung in die Reichs-Gerichtsverfassung und den Reichs-Civilprocess. Fünf Vorträge. Berlin, 1879.
15. Zur Säcularfeier der Geburt von F. K. von Savigny. Academische Rede. Halle, 1879.
16. Ueber die Heimat und das Alter des sog. Brachylogus nebst Untersuchungen über die Geschichte der Rechtswissenschaft in Frankreich am Anfange des Mittelalters. Berlin, 1880.
17. Das Reichs-Konkursrecht und Konkursverfahren. Berlin, 1881. 3. Aufl. 1904.

18. Die Entbehrlichkeit der beabsichtigten Novelle zur Civilprocessordnung. Berlin, 1886.
19. Die Anfänge der Rechtsschule zu Bologna. Berlin u. Leipzig, 1888.
19 *bis*. Les commencements de l'Ecole de Droit de Bologne, traduit de l'allemand par P. Leseur. Paris 1888.
20. Die Grundlagen der Beweislast. Berlin, 1888.
21. Die Institutionenglossen des Gualcausus und die übrigen in der Handschrift 328 des Kölner Stadt-Archivs enthaltenen Erzeugnisse mittelalterlicher Rechtslitteratur. Berlin. 1891.
22. Summa Codicis des Irnerius. Berlin, 1894.
23. Questiones de iuris subtilitatibus des Irnerius. Berlin, 1894.
24. Eine weitere Handschrift der lateinischen Uebersetzung des Codi Akademisches Preisverkündigungs-Programm. Halle, 1905.
25. Lo Codi in der lateinischen Uebersetzung des Ricardus Pisanus. Halle, 1906.

II. — Etudes publiées dans diverses revues

I. Archiv für die Civilistische Praxis

Band 39 (1856). Ueber den Begriff der Bedingung.
— 46 (1863). Der Kauf auf Probe oder auf Besicht. Eine Uebersicht.
— 51, 52 (1868, 1869). Ueber das Wesen des Titels bei der Ersitzung.
— 54 (1871). Ueber die Mittel zur Erzielung der Einheit des Privatrechtes im deutschen Reiche.
— 55 (1872). Zur Lehre von dem Interdictum Uti possidetis.
— 56 (1873). Ueber den Begriff der unsittlichen Bedingung.
— 57 (1874). Zur Lehre vom Anwachsungsrechte.
— 59 (1876). Zur Lehre von der Specification.
— 61 (1878). Zur Auslegung der Reichs-Civilprocessordnung.

II. Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht

Band 2 (1859). Zur Lehre vom Kauf auf Probe oder auf Besicht.
— 5 (1862). Zur Lehre vom Kauf auf Probe oder auf Besicht.

III. Zeitschrift für Rechtsgeschichte

Band 10, 11 (1872, 1873). Ueber einige Rechtsquellen der vorjustinianischen späteren Kaiserzeit. I. Die alten Summarien des Theodosischen Codex in einer Handschrift der Vaticanischen Bibliothek. II. Die sog. westgothische Interpretatio. III. Der sog. westgothische Gaius. IV. Allgemeine Ergebnisse.

Band 12 (1876). Ueber die Entstehung des Zeichens ff für die Digesten.
— 13 (1878). Ein Wort der Vertheidigung.

IV. Zeitschrift für das Privat-und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von Grünhut

Band 2 (1875). Besprechung von Modderman, Die Reception des römischen Rechts. Uebersetzung mit Zusätzen von Karl Schulz.

V. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung

Band V (1884). Ueber die Vaticanische Glosse des Brachylogus.
— VI (1885). Zur Geschichte der Rechtswissenschaft im Mittelalter.
— VII (1886). Ueber neue Beiträge zur Geschichte der Rechtswissenschaft im früheren Mittelalter.
— IX. (1888). Ueber die Stellen des römischen Rechtes in einer Streitschrift des Cardinals Deusdedit.
— XIV (1893). Ueber die Handschrift Nr. 82 des Domcapitels zu Vich.
— XVII (1896). Die Summa Codicis und die Questiones des Irnerius. Zur Abwehr.
Zur Geschichte der Ueberlieferung des Digestentextes.
— XXIII (1902). Pepo zu Bologna.
Reste einer Handschrift des Justinianischen Codex mit voracursischen Glossen.
— XXVI (1905). Zur Kritik des Digestentextes.
Zusätze zu Savignys Rechtsgeschichte.
Bruchstücke einer alten Vorlesung über den Justinianischen Codex.

VI. Zeitschrift für deutschen Civilprozess

Band 2 (1880). Bemerkungen zur Reichs-Civilprozessordnung.
— 6 (1883). Ueber die principielle Grundlage des sogenannten vereinbarten Gerichtsstandes nach der Reichs-Civilprozessordnung.
— 7 (1884). Ueber die Bedeutung der Ausdrücke « Antrag » und « Gesuch » in der Civilprozessordnung.
— 9 (1886). Was bedeutet « Grund des erhobenen Anspruchs » in § 230, n° 2 C. P. O.?

Band 10 (1887). Ueber die Erlassung und Bekanntmachung der gerichtlichen Entscheidungen.

— 11 (1887). Ueber die Folgen von Mängeln des Verfahrens.

— 13 (1889). Die Grundlagen der Beweislast. (publié également à part, voy. plus haut, n° 20.)

— 14 (1890). Ueber das Zwischenurtheil in den Fällen der §§ 248 Abs. 2, 276 Abs. 2 C. P. O.

VII. Sitzungsberichte der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften zu Berlin

1891 (XXXVII). Vorläufige Mittheilungen über eine Summa Codicis in provençalischer Sprache.

1894 (XXXV). Bernardus Cremonensis und die lateinische Uebersetzung des Griechischen in den Digesten.

VIII. Bullettino dell' Istituto di Diritto Romano

Anno IV (1891). Le Scuole di Diritto in Francia durante l'XI secolo.

— IX (1896). Le formule procedurali nella seconda appendice delle Exceptiones Petri.

IX. Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde

Band 19 (1893). Zum Streit um die Grafschaft Provence im 12. Jahrhundert.

X. Nouvelle Revue historique du Droit français et étranger

Nov.-Déc. 1905. Questions de droit disputées à Angers et à Paris.

XI. Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre

Jahrg. 11 (1906). Die systematischen Lehr-und Handbücher (Summae) des römischen Rechts im Zeitalter der Glossatoren. Ein Vortrag.

LA LOI « EX PARTE »

ET LA

IVe LEÇON DE DUMOULIN A DOLE

Par **Charles APPLETON**
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon

Les solutions juridiques introduites par les Byzantins par voie d'interpolations dans la compilation de Justinien sont, en somme, du droit du VI^e^ siècle. A ce titre, leur étude peut rentrer dans le cadre imposé à ces dissertations, dédiées au maître éminent dont la longue et inlassable activité a été consacrée principalement, mais non exclusivement, au droit romain médiéval. Puisse-t-il accueillir avec indulgence l'hommage de ce travail trop peu digne de lui !

Les règles juridiques résultant de ces interpolations ont officiellement la même force légale que les produits authentiques de la sagesse des Prudents. Il n'en est pas de même quand, pour les apprécier, on se place au point de vue de la logique ou du bon sens : elles présentent alors une valeur très inégale. Les unes se justifient par une évolution du droit ; elles étaient nécessaires ; ailleurs le compilateur, usant du pouvoir discrétionnaire donné par Justinien à ses commissaires de corriger tout ce qui leur paraîtrait *minus perfectum* dans les livres antiques (1), a retouché le texte du Prudent dans le sens de ses conceptions personnelles. Bien souvent alors le résultat fut lamentable ; il n'en pouvait être autrement étant données l'infériorité intellectuelle des avocats byzantins comparés aux grands jurisconsultes et la fièvreuse précipitation du travail accompli par les compilateurs en trois années, alors que dix ans avaient été jugés nécessaires par Justinien (2).

Depuis les glossateurs jusqu'à nos jours quelques unes de ces retouches insoupçonnées ont fait le désespoir des commentateurs, impuissants, malgré des prodiges de subtilité, à les concilier avec les textes authentiques,ou même à en tirer un sens raisonnable quelconque. Mais depuis que, reprenant la voie jadis ouverte par Antoine Fabre et surtout par Cujas, les Gradenwitz, les Lenel, les Eisele, les Kalb, etc. ont créé des méthodes pour reconnaître les interpolations, il est devenu facile de distinguer la pensée judicieuse, profondément

(1) Constitution *Deo auctore* § 7.

(2) Const. *Tanta* § 12.

réfléchie, d'un Papinien ou d'un Scaevola, des étourderies d'un compilateur superficiel et pressé.

Tel est précisément le cas pour le fragment que nous allons commenter (1). Notre grand jurisconsulte Dumoulin a vainement épuisé toutes les ressources de son subtil génie pour échapper à une règle de droit contenue dans ce texte, et dont l'absurdité scandalisait à juste titre son robuste bon sens. Mais aujourd'hui cette absurdité la dénonce comme l'œuvre du compilateur auquel, pour leur malheur, échurent les livres de Scaevola, et qui nous a laissé des preuves multiples, maintenant reconnues, de sa présomptueuse légèreté.

A cette démonstration est consacrée la première partie de ce travail.

Mais notre fragment mérite une étude spéciale à un second point de vue, qui se relie d'ailleurs étroitement au premier. Même en dehors de la partie interpolée, ses solutions ont mis à la torture les interprètes du droit romain, mais cette fois les byzantins n'en sont point responsables. Suggestionnés par la rubrique du Titre *Familiæ erciscundæ* où se trouve notre fragment et par le fait que, dans tous les paragraphes du texte, il s'agit principalement, quoique non exclusivement, des rapports entre cohéritiers et de l'action *familiæ erciscundæ*, tous les commentateurs sans exception, anciens et modernes, ont rapporté à l'action *familiæ erciscundae* les solutions du texte, sans même soupçonner, semble-t-il, qu'il pût se référer à une autre action.

Cette *error communis* a entraîné de graves conséquences. Notre éminent collègue et ami M. Audibert a publié en 1904 (2) sur la formule et la nature des actions divisoires une étude des plus creusées et des plus neuves dont les conclusions nous ont parfaitement convaincu, à part quelques divergences d'ordre secondaire. La plus importante de ces légères dissidences consiste en ce que nous ne pouvons croire qu'à l'époque classique outre l'action ordinaire donnant au juge à la fois le pouvoir d'opérer le partage et celui de tenir compte des obligations réciproques des parties à raison de l'indivision (*praestationes*), on se servait encore d'une formule plus archaïque

(1) Fr. 39 D. *Familiæ erciscundæ*, 10, 2 (loi « *Ex parte* »).

(2) *Annales de l'Université de Lyon*, Nouvelle série, II, Droit, Lettres, fascicule 13, p. 3-37 ; *Nouvelle Revue historique* 1904 p. 273-305, 401-439, 649-697.

ne comportant pas le pouvoir de tenir compte des *praestationes* et tendant uniquement au partage.

En faveur de cette conjecture M. Audibert invoque *principalement* (1) notre texte et ajoute : « Ce fragment, *relatif à l'action familiæ erciscundæ*, soulève des difficultés demeurées sans solution, et à mon avis insolubles en dehors de l'hypothèse d'une formule restreinte exclusivement au partage ».

Ce sont précisément ces difficultés inextricables, pour la première fois mises en lumière par notre savant collègue, qui nous ont suggéré une explication plus simple et, ce nous semble, plus vraisemblable. Si, comme nous osons l'espérer, il l'accepte, il ne fera que recueillir le fruit de son propre travail, qui a inspiré et pour ainsi dire engendré celui-ci, nous nous plaisons à le reconnaître.

Au surplus nous n'avons pas l'intention, dans la seconde partie de cette étude, d'exposer toutes les raisons qui militent contre l'hypothèse de l'existence d'une formule ne permettant pas au juge de tenir compte des *praestationes*, mais seulement de montrer que la loi « *Ex parte* » se référait, non à l'action *familiæ erciscundæ*, mais à la *pétition d'hérédité*, et que, par conséquent la base essentielle de cette ingénieuse hypothèse—ou, pour mieux dire, la cause qui en a motivé l'invention, à savoir l'espérance d expliquer ainsi la loi *Ex parte* — manque en fait.

Une seule objection pourrait être soulevée contre l'idée qu'il s'agit ici de la pétition d'hérédité : certain passage du fragment de Scaevola s'accorde mal avec la doctrine qu'expose ailleurs le même Scaevola en manière de pétition d'hérédité. Mais ce passage, c'est précisément celui que son contenu dénonce comme interpolé ! Dès lors sa discordance avec les doctrines habituelles du Prudent, loin de nous surprendre, vient corroborer l'interpolation.

En résumé le fragment cache deux écueils, d'autant plus dangereux qu'ils sont restés jusqu'ici insoupçonnés : l'interpolation et la nature de l'action visée par le texte. Chacun d'eux fera l'objet d'une des parties de cette étude. On voit le lien qui les réunit : la seconde confirmera les résultats de la première.

(1) *Nouv. Rev. hist.* 1904 p. 293 : « Je citerai d'abord et principalement un fragment de Cervidius Scaevola... »

I

L'Interpolation

Fr. 39, D. Familiæ erciscundæ, 10,2 ; Scaevola libro primo responsorum : Ex parte heres institutus causam de totis bonis quam omnes heredes patiebantur ob inultam mortem (1), suscepit et optinuit : coheres ab eo partem suam petebat, nec partem sumptuum factorum in litem praestare volebat : quæsitum est an doli exceptio noceret ? Respondi : *si idcirco amplius erogatum esset, quod ipsius quoque causa defensa esset*, habendam rationem sumptuum. *Sed* et si omiserit doli exceptionem, *agere potest de recipienda portione sumptuum.*

« Un héritier institué pour une part soutint, pour la totalité de la succession, le procès que le fisc faisait à tous les héritiers pour n'avoir pas poursuivi les meurtriers du défunt, et le gagna. Son cohéritier lui réclamait sa part d'héritage et ne voulait pas payer une portion des frais faits pour le procès : on m'a demandé si l'exception de dol lui serait opposable ? J'ai répondu : si les frais ont été augmentés par le fait que la cause de cet héritier a été aussi défendue il faut en tenir compte. Mais même s'*il* a omis l'exception de dol, il peut agir pour recouvrer une portion des frais. »

Ce texte a été longuement commenté par Dumoulin : c'est le sujet de la quatrième des cinq célèbres leçons qu'il fit à Dôle en 1555 et 1556, au milieu d'un concours immense d'auditeurs et de l'applaudissement général, sur quelques-uns des textes les plus difficiles des Pandectes (2). Celle-ci, faite le 9 janvier 1556, est intitulée :

« Lex *ex parte* D. *fam. ercis.* vero et nativo suo sensui restituta

(1) Le fisc revendiquait et confisquait la part des héritiers qui, étant âgés de plus de 25 ans, auraient accepté la succession, ou fait ouvrir le testament d'un testateur assassiné, avant d'avoir fait donner la question aux esclaves vivant sous le même toît, afin de découvrir les meurtriers, ou qui d'une manière générale auraient autrement négligé de venger judiciairement le crime. Dig. *De sen. Silan.* 29, 5 ; *De his quæ ut indignis*, 34, 9 ; C. *De his quibus ut indignis*, 6, 35.

(2) *Quinque solennes lectiones Dolanæ* (*Caroli Molinaei op.* Paris, 1658 t. IV p. 875 et s.). Les sujets furent : L. *Modestinus*, D. 46.3.76, et L. 1, C. 5.58. — L. 62 D. 35.2, et L. 16 D. 31. — L. 45, D. 28.6 — L. 39 pr. D. 10.2 — L. 5, D. 41.6

est, inveteratis erroribus profligatis, et contra recentem mutilationem redintegrata. »

Dumoulin fut amené à traiter ce sujet à l'occasion d'une consultation que lui avait demandée un avocat distingué de la Cour impériale de Spire. Un mois auparavant, notre grand jurisconsulte l'avait délivrée scellée de son sceau (1) comme un prudent antique. Il résume ainsi (§ 19) l'objet du litige :

Cet avocat soutenait devant la Cour de Spire un procès personnel au sujet d'un héritage que lui contestaient ses adversaires. Il n'était pas seul héritier, il avait pour cohéritier certain négociant dont les intérêts étaient identiques aux siens ; la question étant la même pour les deux, gain ou perte, tout devait leur être commun. Dans ces conditions le négociant vaquait à ses affaires, laissant l'avocat non seulement composer les mémoires et plaidoiries, mais encore avancer tous les frais. Bien mieux, il allait proclamant cyniquement que, bien qu'il profitât intégralement des travaux et dépenses de son consort, il ne lui pairait rien pour sa peine, et même qu'il ne lui rembourserait aucune portion de ses déboursés. Notre texte, la loi « *Ex parte* », légitimait expressément, disait-il, sa prétention, car son cohéritier, l'avocat, aurait fait identiquement les mêmes travaux et les mêmes débours pour sa seule part d'héritage; le fait qu'il avait en même temps soutenu la cause de son consort le marchand n'avait entraîné ni dépenses ni travaux supplémentaires.

C'est là-dessus que l'avocat de Spire consulta Dumoulin.

Il faut savoir que la Glose et tous les auteurs sans exception (2), généralisant la solution donnée par notre texte pour le cas où le fisc revendique une succession contre des héritiers qu'il prétend déchus comme indignes, décidaient la question dans le sens du marchand : l'héritier dont les intérêts avaient été défendus par son consort dans une action en pétition d'hérédité quelconque, ne devait à l'autre que l'augmentation des frais ; par exemple : *quando vicesima litis exigebatur, et quando pro majori lite majores erant sportulæ* » (3). Ce qui confirmait cette généralisation de la solution, c'est que plusieurs

(1) *Quarta lectio Dolana*, § 28.

(2) Dumoulin, *loco cit.* § 1.

(3) *Eod.* § 2.

manuscrits ne portaient pas, ou avaient exponctué les mots « *propter inultam mortem* » que donnent la Florentine et que confirment les Basiliques (1). Haloander les avait supprimés dans son édition, ce qui fournit à Dumoulin l'occasion de dauber sur les littérateurs (2) qui, pleins de confiance dans leur savoir d'humanistes, se permettent de porter sur les textes une main audacieuse.

Les mots supprimés par Haloander sont essentiels, dit Dumoulin; seuls ils permettent de comprendre la solution qui, appliquée aux frais faits dans une instance en pétition d'hérédité autre que celle prévue au texte, serait manifestement inique : « *Sed cum ex hypothesi totam causam communem solus et de suo defenderit viriliter et necessario, et victoria sit communis, lucrum et commodum, cur non sunt sumptus communes? Ergo hic intellectus est iniquus...* » (3) Cette solution serait en outre inconconciliable avec un texte de Papinien lib. 2 resp., Fr. 30 (31) § 7 D. *de neg. gest.* 3, 5 :

« *Uno defendente causam communis aquæ, sententia prædio datur; sed qui sumptus necessarios (ac) probabiles in communi lite fecit, negotiorum gestorum actionem habet* » (4).

Un co-propriétaire a fait juger que l'immeuble commun avait une servitude de prise d'eau sur le voisin : l'autre co-propriétaire ne saurait se refuser à payer sa part des frais qui évidemment lui profitent autant qu'au co-propriétaire plaideur.

L'hypothèse de la loi « Ex parte » est bien plus favorable encore, car dans le cas de la servitude, si le co-propriétaire plaideur a rendu service à l'autre, c'est qu'il ne pouvait faire autrement, puisqu'il ne pouvait réclamer la servitude, chose indivisible, que pour le tout, tandis que dans le cas du procès contre le fisc, rien ne forçait le plai-

(1) Bas. 42.3.38.

(2) *Loco cit.*. § 26 : « *ut more litteratorum qui jura degustarunt, parum felix fuit in jure interpretando...*; § 6 : « *male ergo et flagitiose verba legis ibi « ob inultam mortem... » detracta sunt... communi intellectui, more suo, serviens... Nemo ausus fuerat textuali litteræ manus inferre* ».

(3) Voyez encore plus bas (p. 10) les textes cités par M. Audibert, qui qualifie la distinction faite dans le texte de Scaevola, d'*étrange*, de *surprenante* : « L'équité exige», dit-il (N. Rev. hist. 1904, p.297) « que les dépenses soient réparties entre tous. »

(4) Si l'on donne ici l'action de gestion d'affaires et non l'action *communi dividundo*, c'est que la servitude, pour laquelle a été faite la dépense, n'est pas *un bien indivis* entre les parties, elle est dûe pour le tout à l'une quelconque d'entre elles. Voy. Fr. 19 § 2 D. *Comm. div.* 10, 3 et Cujas *in lib.* I *Resp. Pap.*

deur à prendre le fait et cause de son co-héritier défaillant (1). En ce faisant, il lui a rendu un grand service : le défaillant, *indefensus* (2), aurait vu le fisc envoyé en possession de sa part, et si peut-être il n'avait pas été définitivement déchu, tout au moins eut-il perdu la situation de défendeur ; il eût été forcé de prendre l'initiative d'une action contre le fisc. C'est donc une étrange iniquité que de le dispenser de prendre sa part de frais qui lui profitent si bien.

Dumoulin donne une autre raison fort juste : si le plaideur, qui possédait les valeurs de la succession (tout le monde l'admet) eût pris sur la succession l'argent nécessaire au procès, sans aucun doute il ne serait pas comptable envers son co-héritier de cette somme. Et parce que, agissant « *fidelius et liberalius* » il n'a pas touché à la suc-

(1) En effet, l'action du fisc est une revendication de la portion de l'héritier ou des héritiers indignes (*hereditas a fisco vindicatur*... Const. 3 C. *De his quibus ut indignis* 6,35 ; dans un autre cas d'indignité, la Const. 4 au même titre nous montre le fisc revendiquant seulement la part de l'héritier coupable. Voyez encore F. 14 D. *De jure fisci*, 49,14. Dans le cas de la loi « *Ex parte* » le fisc revendiquait contre *tous* les héritiers, les accusant *tous* de négligence ; naturellement il pouvait gagner contre l'un et perdre contre l'autre. Par exemple celui qui était mineur lors du meurtre du testateur est à l'abri de toute poursuite (Const. 6 C. *eodem*). Si son cohéritier ne se présente pas, dira-t-on que le mineur ne peut défendre sa propre cause sans défendre en même temps celle de son cohéritier ? Ce serait absurde : il n'y a pas la moindre trace d'indivisibilité dans cette affaire. Cependant, par une étrange inadvertance, Cujas (*ad h. l. Opera*, Naples VI, p. 700 C. p. 701, A. B.) s'est laissé aller à dire, de l'héritier qui a plaidé : «defensionem hereditatis suscepit,*quam nec suscipere pro parte sua tantum possit*, quia defensionis indivisa causa est » ! A l'appui de cette idée singulière, il n'allègue aucune raison et se borne à nous renvoyer au Fr. 4 D. *De verb. oblig.* 45,1, où l'on lit : « ipsi autem promissori pro parte... neque *defensio* contingere potest ». Mais Cujas lui-même nous enseigne dans son commentaire sur ce texte (V. édit. de Naples I, p. 1162) que le principe posé (*pro parte defensio contingere non potest*) s'applique *uniquement* à la stipulation *duplæ* en cas d'éviction. On sait que l'obligation de garantie est indivisible (Fr. 139, D. 45, 1, etc.). Mais cela n'a aucun rapport avec notre hypothèse, et il est clair comme le jour que chaque héritier n'a à défendre contre la confiscation que sa part de succession, sans être forcé de défendre en même temps les défaillants, qui peuvent être et se reconnaitre coupables. Quand on possède la totalité d'une succession, dit le Fr. 8 D. *Si pars hered. pet.* 5, 3, on peut fort bien ne défendre que pour partie et acquiescer à la demande pour le reste.—Tout cela prouve une fois de plus que les plus grands génies peuvent avoir un moment de somnolence.C'est ce qui est arrivé à Cujas.

(2) Sur la procédure contre l'*indefensus* voy. Cuq. *Les institutions juridiques des Romains* T. II, p. 876. Il s'agit ici de la procédure extraordinaire, l'action était portée devant un fonctionnaire impérial, C. 3, C. *De his quibus ut indignis*, 6, 35.

cession et a déboursé les frais de sa poche, il serait plus mal traité (1)!

L'iniquité de cette distinction (*si idcirco... defensa esset*) est aussi reconnue par le seul auteur moderne qui, à notre connaissance, ait traité le sujet. M. Audibert (N. R. H. 1904, p. 297) la trouve « étrange ». « Le principe est que les dépenses faites dans l'intérêt de tous doivent être supportées par chacun dans la proportion de sa part. De nombreux textes en font l'application aux actions en partage (D. X. 2, 18, § 3 ; X, 3, 3 pr.; 4 § 3 ; 6 § 2 ; 32 § 7) mais aucun n'y ajoute cette condition surprenante, que les dépenses aient été plus considérables qu'elles n'auraient dû l'être si elles avaient été faites au nom d'un seul. L'équité exige dans tous les cas qu'elles soient réparties entre tous... »

L'iniquité de cette solution étant démontrée, Dumoulin s'efforçait d'empêcher l'application de la loi « *Ex parte* » à l'affaire soumise à la Cour de Spire en en restreignant la portée au cas précis prévu par le texte, cas dans lequel, suivant lui, la solution s'expliquait. Dans une pétition d'hérédité ordinaire, disait-il, les dépenses faites par l'un des héritiers, qui aurait soutenu seul la cause commune, seraient des dépenses concernant le droit de succession, le *jus bonorum* qui leur appartenait en commun ; ce seraient alors des dépenses communes, concernant le péril commun ; donc à la charge de tous. Il s'agit ici au contraire de dépenses personnelles, occasionnées par la faute ou le péril *personnel* de chacun des héritiers en particulier. Il entend par péril personnel le danger que court chaque héritier de ne pouvoir se disculper suffisamment à l'égard du fisc et d'être condamné, peut-être même à tort (2).

Cette distinction est très fine et digne de notre grand jurisconsulte. Mais elle ne mène à rien, parce que le texte nous dit expressément que *tous* les héritiers étaient accusés par le fisc de négligence coupable : « causam... quam *omnes* heredes patiebantur ». Tous avaient donc eu besoin d'être défendus et les frais faits dans ce but devaient

(1) Dumoulin *loco cit.* § 3.

(2) Dumoulin (§ 16) applique la même distinction au cas où un tiers revendiquerait un immeuble héréditaire possédé par un seul des héritiers et lui contesterait sa qualité d'héritier par une raison le concernant exclusivement et non pas ses cohéritiers. Cet héritier, sorti vainqueur du procès, devrait alors en supporter seul les frais. Il en serait autrement s'il avait triomphé par des motifs communs à tous les héritiers, donc utiles à tous, puisque le jugement obtenu par lui préserve, *en fait*, ses cohéritiers d'une attaque semblable.

donc être supportés en commun. C'est pourquoi Dumoulin est obligé d'introduire ici une conjecture, malheureusement inconciliable avec ce point de fait :

«Scævola, dit-il (§ 7), n'avait pas compris le recit des faits en ce sens que l'héritier défaillant fût en faute ou en péril à l'égard du fisc ; les mots : *quod ipsius quoque causa...* le prouvent. Il se peut que l'héritier qui a soutenu le procès fût seul coupable ou seul suspect et seul accusable, à tort ou à raison : par exemple il était seul majeur ou seul présent au moment du meurtre. C'est pourquoi Scævola répond, d'après Dumoulin, que si le plaideur a dépensé quelbue chose « *ratione culpæ vel causæ* » de son cohéritier, on tiendra compte des frais ; que si au contraire il n'a été exposé et n'a fait de dépenses qu'à raison de sa propre personne, il ne pourra rien retenir ni répéter ».

«On objectera, dit-il (§ 11), le mot «*amplius*» qui semble se référer au montant des frais. Mais il faut, ajoute-t-il, les interpréter *secundum subjectam materiam*, et les rapporter, non au chiffre des rais, « *sed ad numerum personarum* » c'est-à-dire voir si les frais n'ont pas été faits *uniquement* pour l'héritier qui a plaidé, mais encore « *amplius* » c'est-à-dire même pour son cohéritier qui se trouvait aussi en péril » !!! (1)

On n'est pas plus ingénieux ! C'est dommage que le sens soit clair et que « *amplius erogare* » signifie incontestablement «dépenser plus d'argent », et non pas « dépenser de l'argent *pour une personne de plus* » !

Il faut en prendre son parti, la solution du texte comprend expressément le cas qui sera d'ailleurs le cas normal, où le fisc reproche aux deux héritiers la même négligence, où ils ont à se défendre par les mêmes moyens de la même accusation (*ob inultam mortem*). Dans ces conditions, la solution du texte n'est pas seulement inique, elle est absurde ! Si le cohéritier n'avait pas fait défaut, il aurait sans aucun doute dû payer une portion des frais, par exemple des honoraires de l'avocat qui eût plaidé pour lui en même temps que pour son consort, et parce qu'il a fait défaut, il va s'en trouver dispensé !

Voilà l'absurdité qu'à bien sentie Dumoulin ; malgré des prodiges

(1) *Loco cit.* § 11.

d'ingéniosité, il n'a pu y échapper sans donner au texte une entorse (1). C'est dans une autre direction qu'il faut chercher la solution du problème :

« Souvent, dit Gradenwitz (2) au milieu des déductions magistrales des jurisconsultes classiques, s'étalent tout-à-coup des idées très faibles, parfois même ineptes. Alors de deux choses l'une : ou bien le Prudent a subitement perdu le bon sens, ou bien c'est un compilateur qui interpole. »

Et quel compilateur parfois ! Scaevola n'a pas été heureux à cet égard ; il est tombé aux mains d'un Byzantin qui nous a donné des preuves multiples de son irréflexion, égalée seulement par l'outrecuidance avec laquelle il retouche l'œuvre du Maître.

Au dire de Lenel (3), par des coupures ineptes et des adjonctions plus ineptes encore, il a si bien travaillé tel passage de Scævola, qu'il faut désespérer de pouvoir jamais restituer le texte. D'un autre côté, Gradenwitz a montré (4) que ce compilateur a émasculé les fermes et judicieuses décisions de Scævola sur l'interprétation des testaments. C'était un praticien ; cela se reconnait à la tendance, si fréquente chez ses pareils, du moins chez ceux qui ne sont pas forts en droit, à vouloir tout juger *en fait*. Exagérant cette tendance, cet empirique domine les questions de droit de bien haut, parce qu'il a visiblement passé sa vie à les fuir ; il restreint à chaque instant, par des « *nisi...* » ou autrement, les solutions si nettes du Prudent ; il réserve sans cesse la preuve des intentions du testateur, sans comprendre que le jurisconsulte a naturellement indiqué dans chaque cas *toutes* les données *connues* du problème : termes du testament et circonstances de la cause, que c'est là dessus qu'il faut se décider. Supposer que l'on puisse connaître par ailleurs la pensée du testateur, c'est changer la question en y ajoutant des facteurs nouveaux.

(1) C'était alors le seul moyen d'en corriger l'absurdité. Prouver que la solution émanait d'un compilateur et non de Scaevola, ne lui aurait pas enlevé sa valeur légale, comme portion du Corpus juris civilis. Une interprétation subtile et forcée était donc, à cette époque, le seul remède, et, toutes réserves faites sur le procédé, il faut reconnaître que Dumoulin l'a mis en œuvre avec sa *maestria* ordinaire.

(2) Interpolationen in den Pandecten, p. 20.

(3) Palingenesia II p. 276 n. 2 et 1 : « inepte in angustum coegisse... ineptis addimentis depravatus ».

(4) *Op. cit.* p. 178-192.

Scaevola a toujours, en pareil cas, bien soin de restreindre sa décision aux faits exposés : « *secundum ea quæ proponerentur* ».

Ce n'est pas tout ; il arrive au compilateur de corriger sottement, iniquement, la solution très judicieuse du Maître, par exemple dans l'un des cas relevés par Gradenwitz Fr. 88 § 11, D. De legatis 2°, 31 (1).

Dans la loi « *Ex parte* » il s'agit aussi d'une correction maladroite due à un compilateur présomptueux et irréfléchi. Il n'a pas pris garde que dispenser le défaillant de payer sa part des frais, c'est pousser son cohéritier à se désintéresser d'une cause que rien ne le force à prendre en main, comme nous l'avons vu (2) et où il ne peut trouver que des tracas sans compensation. De là un préjudice pour

(1) *Ibidem*, p. 190. « Un testateur qui nourrissait et logeait chez lui deux de ses affranchis, Dama et Pamphile, s'étant irrité contre eux les mit à la porte et cessa de leur fournir des aliments. Peu de temps après il fit son testament et légua des aliments : « *omnibus libertis meis quos hoc testamento manumisi et quos ante habui* » : on demande si Dama et Pamphile ont, eux aussi, droit aux aliments légués ? Scaevola avait répondu : *secundum ea quæ proponerentur,deberi*» et très justement,puisque le testateur au lieu de restreindre sa libéralité aux affranchis « *qui sine offensa fuerunt* » ou « *prout quisque meruerit* », ou enfin de léguer à ceux qu'il nourrissait de son vivant, comme on le voit dans quelques textes, avait donné à *tous* ses affranchis, *présents* et *passés*. L'interprétation naturelle est qu'il avait pardonné, peut-être même voulu réparer ses torts, tout en maintenant l'expulsion par orgueil. Cette solution de bon sens n'a pas trouvé grâce devant notre compilateur : il faudra pour toucher le legs que les affranchis en question fournissent la preuve évidente (!) qu'au moment du testament les sentiments de leur patron étaient redevenus tels que son intention était de les comprendre dans son legs ! C'est imposer une preuve impossible à des gens que le testateur a, jusqu'à son décès, exclu de sa maison et de tout secours alimentaire ! Le compilateur n'a pas réfléchi à cela quand il a fait dire à Scævola : Respondi : secundum ea quæ proponerentur *ita* deberi, *si hi qui petent manifeste docerent eo animo circa se patronum, cum testamentum faceret, esse cœpisse, ut his quoque legatum dari vellet : alioquin nihil ipsis præstetur.*

Nous avons mis en italiques les mots interpolés. L'interpolation résulte d'ailleurs surabondamment d'indices autres que l'absurdité de la décision : d'abord des mots « manifeste docerent » .Ces expressions sont un signe certain d'interpolation. Gradenwitz loc. cit. p. 44 ; H. Appleton § 32; Eisele ZSs. R. A. VII p. 28. Comp. Fr. 20 § 3 D. 33, 7 : « *manifeste doceret* » ; Gradenwitz p. 183, etc. — Puis les quatre derniers mots sont inutiles et abandonnent la construction infinitive — Enfin *ipsis* est ici mis pour *eis*, hellénisme assez fréquent chez les compilateurs ; il répond à αὐτοις, voy. Kalb *Juristenlatein* p. 69 n. 2 ; Roms Juristen, p. 99.

(2) Voyez plus haut, p. 9 n. 1.

le défaillant, qui va être condamné par défaut. En le dispensant des frais on lui a rendu un mauvais service : c'est le pavé de l'ours.

Scævola, que Modestin cite au premier rang parmi les choryphées de la jurisprudence (1) ne peut être l'auteur de cette solution antijuridique et maladroite.

Au surplus un autre critère nous permet ici de discerner l'œuvre du Prudent illustre de celle de l'obscur compilateur. L'un est toujours précis, l'autre souvent vague. Un jurisconsulte romain a-t-il pu écrire : « *agere potest* » sans préciser l'action à intenter ? Ce vague « *agere* » très suffisant pour l'époque de Justinien où il n'y a plus de formules, est tout à fait inadmissible sous le régime formulaire. Si encore il n'y avait pas de doute possible sur l'action dont il s'agit, si elle venait d'être nommée ! Mais le contexte ne nous révèle rien, et les commentateurs n'ont point réussi à se mettre d'accord là-dessus : pour les uns c'est la pétition d'hérédité (2) ; pour d'autres l'action *negotiorum gestorum* (3) d'autres enfin opinent pour l'action *familiæ erciscundæ* (4). Mais il y a mieux et l'interpolation devient évidente si l'on considère que ces trois actions sont aussi inadmissibles les unes que les autres ; M. Audibert l'a clairement démontré (5).

(1) Fr. 13 § 2 D. *De excus.* 27, 1. Au Code Théodosien les Empereurs Arcadius et Honorius l'appellent : « auctor prudentissimus jurisconsultorum ».

(2) La glose, *Casus ad. h. l.* : « pro parte quam tibi tradidi agere potero contra te heredem *petitione hereditatis.*

(3) C'était l'opinion générale au temps de Cujas et lui-même l'a enseignée tout d'abord (*Opera* Naples VI, p. 700 C.). Pothier (*Pandectæ h. t.* § 87) la soutenait encore : l'action *familiæ erciscundæ* est exclue disait-il, parce qu'elle ne s'intente qu'une fois (Fr. 20 § 4 h. t.) sauf *causæ cognitio.* On partait de l'idée universellement admise que l'action précédemment intentée contre l'héritier vainqueur du fisc, et sur laquelle il avait omis d'opposer l'exception de dol, était l'action *familiae ercis.* Mais voyez plus loin, 2me partie.

(4) Cujas (*Opera* Naples VI p. 701 A. B.). Il y rétracte l'opinion précédente, qu'il avait enseignée trois jours auparavant, et cela par le motif erroné (voyez plus haut p. 9, n. 1) que l'héritier qui a plaidé contre le fisc ne pouvait pas faire la dépense pour sa part seulement, mais aurait été obligé de plaider pour le tout. L'action *fam. er.* compète, et non l'action *neg. gest.*, quand on n'a pas pu faire la dépense pour sa part seulement Fr. 6 § 7 D. *Communi div.* 10,3.—Pour l'action *fam. ercis.*, voyez encore scolie 2 sur *Basil.* 42, 3, 38, et Audibert *N. R. H.* 1904 p. 295.

(5) Audibert *loco cit.* p. 297 : « Que dire enfin de l'action *de recipienda portione sumptuum ?* On discute s'il faut y voir une action *familiæ erciscundæ* ou une action *negotiorum gestorum*.... Dans tous les cas, et de quelque nom que l'action doive s'appeler, il y a une

Enfin on demande à Scaevola une seule chose : l'exception de dol peut-elle être opposée à l'héritier défaillant venant réclamer sa part, pour le contraindre à participer aux frais ? A la rigueur, sans sortir de la question, Scaevola peut répondre, comme il le fait dans un autre texte (1), que l'exception n'est pas même nécessaire et que l'office du juge suffit. Mais renverser les rôles des parties, supposer que c'est le vainqueur du fisc qui intente une action (d'ailleurs indéterminée) contre le défaillant, c'est divaguer hors du sujet. Or, c'est précisément ce que ne fait jamais Scaevola : « Il s'en tient rigoureusement à la question qui lui est posée» dit P. Krueger » (2). Donc la phrase : « *agere potest de recipienda portione sumptuum* » n'est pas de lui. Le compilateur, après avoir introduit dans le *responsum* la puérile distinction que l'on sait : « *si idcirco amplius erogatum esset, quod ipsius quoque causa defensa esset,* » ne pouvait guère laisser telle quelle la fin du texte : « *habendam rationem sumptuum, etsi omiserit doli exceptionem* », car alors cela aurait signifié littéralement : l'exception de dol peut être omise *dans le cas où les frais ont été augmentés*, elle est nécessaire dans le cas contraire ; du moins cela aurait prêté à l'équivoque. Cette circonstance, ou peut-être tout simplement la démangeaison d'*améliorer* Scaevola en le complétant, ont déterminé l'interpolation de la phrase en question,

Ainsi la phrase : « *agere potest de recipienda portione sumptuum* »

raison qui devrait, semble-t-il, la rendre impossible : c'est que, dans l'action *familiæ erciscundæ* dont Secundus a pris l'initiative, chacune des parties a déjà soumis au juge toutes les créances qui pouvaient être nées à son profit dans le cours de l'indivision. Du moins, on n'en doute pas ; et comment dès lors est-il possible qu'après avoir été une première fois déduite en justice, la réclamation relative aux frais du procès fasse ensuite l'objet d'une nouvelle instance ? »

Ainsi Scævola n'a pu dire « *agere potest....* » sans préciser l'action, et d'ailleurs *aucune action ne serait recevable dans l'espèce.* — Nous devons toutefois faire remarquer que cette dernière raison n'est décisive que si l'action désignée par les mots « *partem suam petebat* » est l'action *familiae erciscundae.* Il est vrai que tout le monde jusqu'ici l'a admis, mais, malgré tout, l'argument n'en reste pas moins un argument *ad hominem,* et nous ne l'invoquons que comme tel, parce qu'en réalité les mots *partem suam petebat* désignent la pétition d'hérédité et non l'action *familiae erciscundae* (voyez plus bas, 2me partie).

(1) Fr. 58 D. *De her. pet.* 5, 3 : « *Respondi, et si non excipieretur, satis per officium judicis consuli* »

(2) *Hist. des sources du droit romain,* trad. Brissaud, p. 260.

est interpolée comme celle contenant la distinction : « *si idcirco... defensa esset* ». Scaevola avait écrit tout simplement :

« *Respondi : habendam rationem sumptuum etsi omiserit doli exceptionem.* »

Les compilateurs ont ajouté tout le reste, savoir : 1° *si idcirco... defensa esset* »; 2° le mot « *sed* »; 3° *agere potest de recipienda portione sumptuum*», et ont ainsi constitué le texte tel qu'il se lit aujourd'hui :

« Respondi : *si idcirco amplius erogatum esset, quod ipsius quoque causa defensa esset*, habendam rationem sumptuum. *Sed* etsi omiserit doli exceptionem, *agere potest de recipienda portione sumptuum* ». (Nous mettons en italiques les mots interpolés).

Si l'interpolation a échappé à l'attention des commentateurs, c'est que rien ou presque rien ne la révèle en la forme (1). « Si la phrase n'est pas exemplaire (2), » a dit un éminent philologue consulté sur ce point, « elle n'est du moins ni incorrecte, ni équivoque (3)

(1) Cependant, dans la phrase : « *agere potest* », la substitution du style direct (*potest* au lieu de *posse* gouverné par *respondi*) est un indice sérieux d'interpolation.

(2) On peut s'étonner en effet de voir changer subitement le personnage en scène : « Si les frais ont été augmentés par le fait que la cause de cet *héritier* (*ipsius*) a été aussi défendue, il faut en tenir compte. Mais même s'*il* (il s'agit maintenant de l'autre héritier) a omis l'exception de dol, il peut agir pour recouvrer une portion des frais ».

(3) M. le Prof. Fabia de l'Université de Lyon. — M. Audibert (N. R. H. 1904, p. 298) dit : « Le texte est d'une forme très pure qui ne peut éveiller aucun soupçon et je ne crois pas que son authenticité ait été jamais soupçonnée ». — C'est précisément ce qui nous oblige à insister sur les raisons de fond qui démontrent l'interpolation. Il ne faudrait pas voir un signe de non-interpolation dans le mot « *idcirco* » qui est très classique, notamment chez Scævola (Kalb. *Roms Juristen* p. 104) et que l'on ne rencontre qu'une seule fois dans les Constitutions ou Novelles latines de Justinien (Novelle 62, cap. 1 § 2 éd. Schoel = Auth. 64 ; voyez Carlo Longo, *Bullettino dell' Istit. di dir. rom. t.* X.). En effet Gradenwitz, *Interpolationen* p. 31 dit : « M. le Prof. Pernice m'a signalé un intéressant phénomène : On trouve fréquemment dans les Pandectes des passages très faibles ou même absurdes présentant la particularité de renfermer des mots que l'on retrouve peu avant ou peu après dans les phrases vigoureuses du jurisconsulte. Ces pitoyables propositions sont l'œuvre des compilateurs... *empruntant au Prudent lui-même les matériaux de l'interpolation* » (p. 33). — Or, précisément ici le mot *idcirco* se trouve répété *trois fois* dans les dix fragments précédant le notre, qui est le onzième du livre I des *Responsa* de Scævola, dans l'ordre reconstitué par la Palingenesia de Lenel (Fr. 214, 216, 217), alors que dans les 344 fragments de Scævola que nous a conservés le Digeste le mot *idcirco* n'est guère répété plus de 12 fois (voy. Kalb *Roms Juristen*, p. 104 et ajoutez : D. (15,1) 51 et notre loi « *Ex parte* »). Et c'est dans la réponse du Jurisconsulte, non dans la question posée, qu'il se trouve ces trois fois, absolument comme dans notre texte. On peut en con-

Au surplus, on ne pouvait guère s'attendre à trouver dans une phrase si courte des traces formelles d'interpolation. Heureusement que la solution suffit : se laisser éblouir ,sans prendre le temps de la réflexion, par une superficielle et fallacieuse apparence d'équité, pour aboutir à une distinction aussi antijuridique dans son principe que malheureuse dans ses conséquences, ce n'est pas du Scaevola. Cette sentimentale niaiserie vaut une signature byzantine.

II

NATURE DE L'ACTION PRÉVUE PAR LES MOTS « COHERES AB EO PARTEM SUAM PETEBAT »

Comme nous le disions au début de cette étude, tous les commentateurs, anciens et modernes (1), hypnotisés par le fait que la loi « *Ex parte* » se trouve au titre *Familiæ erciscundæ* n'ont pas vu ce qui crève pourtant les yeux, on va le constater ; ils se sont figuré que l'action intentée par le cohéritier défaillant contre le vainqueur du fisc et désignée par les mots : « *coheres ab eo partem suam petebat* » était l'action *familiæ erciscundæ* !

Ils se sont ainsi jetés dans un véritable labyrinthe de difficultés. Un seul les a toutes vues, et les a magistralement mises en lumière (2) ; il a ainsi frayé la voie et suggéré à ses successeurs la véritable solution. Cette solution si simple, il l'eût assurément aperçue, s'il n'avait cru inutile de soumettre à l'épreuve du doute systématique une interprétation universellement admise. Malheureusement il a pris pour point de départ l'*error communis* : c'est de là qu'est née cette hypothèse extraordinairement ingénieuse, mais

clure avec vraisemblance que c'est cette triple répétition dans ces textes que le compilateur venait d'extraire, qui lui aura suggéré l'emploi de cette conjonction, par ailleurs peu usitée chez les Byzantins.

(1) Cujas *loco cit.*; Dumoulin, *loco cit.* § 1 ; Pothier *Pand. Just.* X. 2 § 87, n. 6 ; Audibert *Nouv. Rev. hist.* 1904 p. 294-295 : « Les mots : *coheres ab eo partem suam petebat* ne peuvent s'entendre que d'une demande en partage ». Voyez encore Glück, *Ausfuehrliche Erlauterung der Pandecten* XI p. 117. Notons toutefois que la Glose, la prudente Glose, évite de se compromettre et désigne l'action en ces termes : « potero tibi, *pro tua parte hereditaria agenti*, exceptionem doli obicere », *Casus ad h. l.*

(2) Audibert *loco cit.* p. 295-298.

inadmissible, d'une formule d'action en partage ne conférant pas au juge le pouvoir de tenir compte des récompenses entre communistes.

Nous empruntons au précieux travail de M. Audibert l'énumération des difficultés inextricables où l'on tombe quand on suppose qu'il s'agissait de l'action *familiae erciscundae*. Il y en a quatre ;

L'idée que l'action intentée par le défaillant était l'action *familiæ erciscundæ* n'en a, pourtant, à elle seule, engendré que deux ;

La troisième a été créée par la combinaison de cette idée avec la phrase : *agere potest de recipienda portione sumptuum* » , que l'on croyait authentique et que nous avons reconnue pour interpolée (1) ;

La quatrième résulte de la distinction : « *si idcirco... defensa esset* », dont l'interpolation est également certaine (2).

La reconnaissance de ces interpolations fait disparaître les deux dernières difficultés ; nous n'avons donc à nous occuper ici que des deux premières.

1° Et d'abord comment expliquer que l'on ait, dans l'espèce, opposé l'exception de dol à une action où le juge statue incontestablement selon l'équité (3) et par conséquent doit tenir compte des impenses en vertu de son *officium*, sans qu'il soit nécessaire ou utile d'augmenter ses pouvoirs par l'insertion de cette exception ?

(1) Voyez *supra*, p. 14—16.

(2) Voyez *supra*, p. 12—14. Rappelons que M. Audibert (*loco cit.* p. 297) trouve avec raison cette phrase « étrange » « surprenante » ; « l'équité exige, dans tous les cas que les dépenses soient réparties entre tous les héritiers ».

(3) Paul (D.*Communi div.* 10,3 fr. 14 § 1) dans une phrase incontestablement authentique, nous parle de rétentions à raison d'impenses que le communiste peut exercer « *aequitate ipsius judicii* ». Cela nous dispense d'invoquer un texte dont la source est incertaine (Inst. IV, 6 § 20 : « *ex bono et aequo adjudicare* ») et d'autres qui avant Justinien rangent les actions divisoires dans la classe des actions de bonne fci. M. Audibert a en effet démontré (*loco cit.* p. 407-439) que la plupart d'entre eux étaient interpolés Cette démonstration nous paraît cependant impossible pour Gaius (*lib.* 7 *ad ed. provinciale*, D. 41,1 *De adq. rer. dom.* fr. 45) reproduisant un passage de Julien ((*lib.* 8 *Digest.* D. *Communi div.* 10,3, fr. 24 pr.). Il n'est pas possible en effet que deux compilateurs appartenant à deux commissions différentes (série Edictale et série Sabinienne) aient interpolé, identiquement dans les mêmes termes, une phrase de quatorze mots : «*nam* (*quia* dans l'autre texte) *bonæ fidei convenit, ut unusquisque præcipuum habeat, quod ex re ejus servus acquisierit* ». Tout au plus serait-il possible (et encore bien peu vraisemblable) que les deux compilateurs eussent interpolé « *bonae fidei* » à la place de « *aequitati* ».

Les anciens commentateurs avaient vu cette objection ; ils s'efforçaient de l'atténuer en disant que l'exception, bien que non nécessaire, pouvait être insérée par surcroît de précaution (1). Mais alors le jurisconsulte nous en eût fait remarquer l'inutilité (2) !

2° M. Audibert ajoute (p.295) : « Ce qui rend plus étonnante encore la présence d'une exception de dol dans la formule de l'action *familiæ erciscundæ*, c'est que cette action est double. S'il est vrai que la formule donnait au juge le pouvoir de condamner Primus à tout ce que celui-ci pouvait devoir à Secundus *ex bona fide*, il faut nécessairement admettre qu'elle lui donnait le pouvoir de condamner Secundus envers Primus ; et dès lors, comment le cohéritier poursuivi, Primus, aurait-il besoin du secours de l'exception pour se prévaloir de rapports d'obligation qui seraient formellement exprimés dans l'*intentio* ? »

Ces difficultés — aggravées de celles que crée l'interpolation insoupçonnée — paraissaient alors insolubles à notre savant collègue et ami, si l'on n'admettait pas les deux propositions suivantes :

1° Qu'à l'époque classique, outre la formule ordinaire donnant au juge le double pouvoir de partager et de tenir compte des obligations réciproques relatives à l'indivision, il existait encore une autre formule, plus ancienne, ne donnant au juge que le pouvoir de partager et non celui de tenir compte des *praestationes*, notamment des impenses faites par l'un des copropriétaires sur la chose commune ;

(1) M. Audibert p. 296 n. 1 réfute cette idée. Il ajoute (au texte) : « Il suffit que, dans l'espèce prévue par notre texte, cette explication soit inadmissible et elle l'est d'une manière évidente. Scævola dit en effet que, si l'exception de dol a été omise, la ressource du défendeur sera d'intenter une action de *recipienda portione sumptuum* ; c'est bien dire que l'insertion de l'exception est indispensable pour que le moyen tiré des frais du procès puisse être opposé ».

Nous ne pouvons pas nous approprier cette dernière considération, — qui aggrave l'objection et la rend décisive, — puisque l'action « *de recipienda portione sumptuum* » est une invention des compilateurs, mais l'objection demeure : il est étrange de voir une exception de dol opposée dans un procès où elle est entièrement superflue.

(2) Scævola eût alors fait remarquer que l'office du juge suffisait : « *satis per officium judicis consuli* » comme il le dit dans le fr. 58, D. *De hered. pet.* 5, 3. En réalité c'est précisément ce qu'il disait ici : « *habendam rationem sumptuum, etsi non exciperetur* » mais l'action était la pétiton d'hérédité, dans laquelle il était prudent d'insérer l'exception-puisque certains textes l'exigent : Fr. 39 § 1 et 50§ 1, D. *eod.*, ou du moins la suppo, sent insérée.

2° Que c'est de cette formule exceptionnelle qu'il est question dans la loi « *Ex parte* ».

La loi « *Ex parte* » constitue même son *principal* argument en faveur de l'existence de la formule archaïque en question.

Mais l'une et l'autre de ces deux propositions soulèvent les difficultés les plus graves et les plus nombreuses.

Supposons d'abord, pour un instant, l'exactitude de la première, (l'existence d'une formule restreinte au partage). Pour croire que c'est d'elle qu'il s'agit dans notre texte, il faudrait admettre qu'il a été fortement et ineptement mutilé par les compilateurs; que dans le texte authentique il était expliqué que la formule d'action délivrée dans l'espèce n'était pas la formule usuelle, mais une formule spéciale n'accordant pas au juge le pouvoir de tenir compte des *præstationes* réciproques. Cette explication, hypothétique mais nécessaire, eut invité clairement les compilateurs à laisser le texte de côté, puisque la solution eût été expressément rapportée à une rédaction *anormale* de la formule, et par conséquent n'aurait plus pu avoir cours de leur temps. Au mépris de cet avertissement de ne pas insérer, les compilateurs auraient inséré tout de même, en ayant soin d'effacer l'avertissement dont il ne reste pas la moindre trace !

Et quand on a admis cette série d'invraisemblances, on n'est pas plus avancé qu'auparavant. Car si l'on comprend l'intérêt de l'héritier, qui ne veut pas payer sa part des frais, à demander une formule ne permettant pas au juge d'en tenir compte, on comprend moins que l'autre, celui qui a fait les frais dans l'intérêt commun, n'ait pas réclamé une formule plus complète, permettant au juge de répartir ces frais entre tous.

Cette objection a été prévue et voici ce qu'on y a répondu : « Le cohéritier qui a fait les frais du procès n'a pas d'autre but que d'éviter le partage ; c'est lui qui possède les biens héréditaires, c'est contre lui que la demande est formée (*coheres ab eo partem suam petebat*) et, s'il accepte la formule étroite qui restreint au partage le pouvoir du juge, c'est qu'il compte, en y faisant insérer une exception de dol, obtenir le rejet de la demande (1) ».

Mais à quoi le mènerait ce machiavélisme ? D'abord l'autre pourrait, tant que la sentence n'est pas rendue, écarter l'exception en

(1) Audibert N. R. H. 1904, p. 301.

remboursant sa part de frais. Même débouté de sa demande en partage, ne pourrait-il pas intenter une pétition d'hérédité partielle ? Car enfin il n'est pas jugé qu'il n'est pas héritier ! Nouvelles complications ! Et de tout cela le texte ne dit mot !

Tout en rendant hommage à l'extraordinaire virtuosité de cette explication, plus ingénieuse encore que celle de Dumoulin, on voit qu'elle suppose une accumulation plus extraordinaire encore d'invraisemblances ou plutôt d'impossibilités.

Mais allons plus loin dans la voie des concessions ; admettons à la fois les deux postulats : supposons l'existence au temps de Scaevola d'une formule muette sur les *præstationes* et supposons qu'il s'agisse bien de cette formule dans le texte : nous n'en serons toujours pas plus avancés. Car il resterait encore à prouver qu'une formule muette sur les *præstationes*, donnant seulement au juge le pouvoir d'adjuger à chacun un lot convenable et de condamner à des soultes s'il y a lieu, qu'une telle formule ne contient pas, implicitement mais nécessairement, le pouvoir de tenir compte des obligations nées entre cohéritiers à raison de l'indivision !

En effet : 1° ce juge est un *arbiter* et 2° il a un pouvoir que n'a pas le juge sous notre Code civil, un pouvoir *d'attribution*.

1° Ce juge est un *arbiter* (1). Or l'*arbiter*, a sur l'affaire qui lui est soumise les pouvoirs les plus étendus ; les textes disent des pouvoirs illimités ; l'équité, voilà sa seule loi (2).

2° Et cet arbitre a en outre un pouvoir que nous ne connaissons plus (3), celui de composer les lots comme il l'entend et de donner chacun d'eux à qui il le juge bon : par exemple il pourra donner à la ménagère le bétail, à la coquette les coiffeuses (4) ; l'inégalité qu'il crée, il la compensera par des soultes : il peut tout faire, même donner la nue-propriété à l'un, l'usufruit à l'autre.

(1) C'est un point incontesté ; voy. les textes cités par M. Audibert, *Annales de l'Université de Lyon, Nouv. série* II, p. 8.

(2) *Arbiter dicitur judex, quod totius rei habeat arbitrium et facultatem* (Festus, v° *Arbiter*) ; *hujus libera et nullis adstricta vinculis religio* (Sénèque, *de benef.* III, 7) ; il a, dit Cicéron (*pro Roscio com.* 4) : «*infinitam largitionem*». Il juge «*ex bono et æquo*» (Sénèque, *de clem.* II, 7), on lui demande «*quantum æquius esset*» (Cicéron, *loco cit.*); il prononce «*non prout lex aut justicia suadet, sed prout humanitas et misericordia impulit* » (Sénèque, *de benef.* III, 7).

(3) Il existait dans notre ancien droit, voyez Pothier, *Successions*, chap. IV, art. 4.

(4) La Fontaine, *Le Testament expliqué par Esope*, Fables II, 20.

Et un juge investi de tels pouvoirs et ne relevant que de sa conscience ne pourrait pas adjuger à l'un un lot plus fort ou le condamner à une soulte plus faible, s'il reconnaît que cet héritier a touché moins de fruits de la chose commune, ou y a fait plus d'impenses !

Cet héritier a véritablement *un droit plus fort*, pour employer le mot de Pothier (*Successions*, chap. V, art. 2. § 1) dans la chose commune et il n'est que juste de lui attribuer un lot plus fort

Cette idée d'un droit plus fort se relie intimement au caractère foncièrement réel des actions divisoires, caractère qui constitue l'une des plus intéressantes découvertes (1) du beau travail de M. Audibert.

Ces considérations, dont le développement demanderait un travail spécial, qui sera plus compétemment fait par notre savant collègue et ami, nous dispenseront d'insister sur les raisons qui excluent la possibilité de l'existence de deux formules d'actions divisoires, l'une ordonnant au juge de tenir compte des *præstationes*, l'autre ne le lui permettant pas.

Bornons nous donc à constater que cette théorie des deux formules, fondée *principalement* (2) sur la loi « *Ex parte* », a pour but de l'expliquer et prend pour point de départ l'idée, alors unanimement admise, que par les mots « *coheres ab eo partem suam petebat* » le jurisconsulte parlait de l'action *familiæ erciscundæ*. Si ce postulat est inexact, toute la théorie s'écroule

(1) Parmi les autres nous relevons particulièrement celle de l'interpolation dans plusieurs textes des expressions *bonæ fidei* pour caractériser les actions divisoires. Dans l'*Histoire de la Compensation*, ne soupçonnant pas l'inauthenticité de ces textes, j'ai considéré les actions divisoires comme des actions de bonne foi. Ce sont plutôt des arbitria; peut-être, en un certain sens,des actions *in bonum et æquum conceptæ*, où les pouvoirs du juge, bien que ne se basant pas, comme dans les actions *bonæ fidei*, sur une idée de loyauté dans l'exécution des obligations, mais simplement sur l'*équité*,n'y sont pas moins étendus et même le sont davantage. Le palimpseste de Vérone (Gaius IV § 42) porte : QTAMA DIUDICARI.... (les lettres TA peu visibles). Or, dans les abréviations du manuscrit *q=quan ; t=tum ;* et d'aprés Valérius Probus, *am* signifierait : *æquius melius*. S'il en est ainsi, la formule de l'*adjudicatio* dans les actions en partage contiendrait la clause : « *quantum æquius melius adjudicari oportet, judex Titio adjudicato* ». Même s'il n'y avait que «*quantum adjudicari oportet, judex Titio adjudicato*» cet «*oportet*» suffirait pour donner au juge le pouvoir d'adjuger un lot plus fort à celui qui a fait des impenses.

(2) Audibert, *N. R. H.* 1904, p, 293 : « Je citerai d'abord et principalement un fragment de Cervidius Scævola.....»

Or, tout esprit non prévenu par la lecture des commentateurs, égarés eux-mêmes par la rubrique du Titre (*Familiæ erciscundæ*) dans lequel se trouve notre fragment, verra immédiatement qu'il ne s'agit pas de cette action ; nous avons tenté, pour le vérifier, une expérience décisive :

Sans rien laisser voir de notre opinion, nous avons écrit à un fin romaniste de nos amis, M. le Prof. Erman : « Quelle est au juste, à votre avis, dans D. (X, 2) 39, l'action désignée par les mots : *coheres ab eo partem suam petebat* » ? Il a répondu immédiatement : « C'est la pétition d'hérédité ; il est étonnant qu'on n'ait pas songé à cette explication si simple ! »

En effet, cela crève les yeux, car le texte emploie précisément les expressions techniques qui dans les sources désignent toujours et exclusivement la pétition d'hérédité partielle (1). Il existait dans l'Edit une formule spéciale pour le cas où l'on intentait une pétition d'hérédité partielle, où l'on réclamait, comme dans notre texte : « *partem suam* » (hereditatis). C'est l'objet du Titre IV du Livre V « *Si pars hereditatis petatur* ». On y lit (Fr. 1 §§ 1, 4 ; Fr. 2 ; Fr. 9) : « *partem hereditatis petit ; partem dimidiam me petere ; partem petere debere ; partes eorum petere ; petere... partem dimidiam hereditatis.* » Voyez aussi Paul, *Sent.* I, 13b, § 5 : « *hereditas pro ea parte peti debet, pro qua ad nos pertinet.* »

En résumé, Scaevola, voulant dire que le cohéritier intentait la pétition d'hérédité partielle, ne pouvait employer des expressions plus claires que la formule usuelle et technique : « *partem suam petebat* ». Voir dans ces mots l'indication de l'action *familiæ erciscundæ*, c'est imputer à Scaevola un langage plus qu'équivoque, incorrect, et dont nous ne savons si l'on pourrait citer un autre exemple, ne connaissant aucun texte où les expressions : « *partem hereditatis petere* » soient employés dans le sens d'action en partage. Au surplus, si : « *partem suam petere* » pouvait signifier : « intenter

(1) C'est bien ainsi d'ailleurs que les Basiliques avaient compris le texte (42, 3,38) ; elles supposent plusieurs cohéritiers actionnant le vainqueur du fisc, et disent qu'il a une action et une exception, « s'ils lui réclament l'héritage » ce qu'Heimbach *loc. cit.* traduit très exactement : *si illi hereditatem ab ipso petant.* — Mais le préjugé en faveur de l'action *familiæ esciscundæ* était si fort que Gluck (*Ausf. Erl. der Pand.* XI, p. 117, traduisait avec une audacieuse assurance la phrase grecque ainsi : « coheres autem ejus ab eo partem hereditatis petat *judicio familiæ esciscundæ* ».....!!

l'action en partage, » alors : « *pacisci ne partem suam petat* » signifierait : « convenir de ne pas intenter l'action en partage,» et cette convention serait ou non valable, selon qu'elle serait ou non limitée à une durée déterminée (D. X, 3, *Fam. ercis.* fr. 14 §§ 2 et 3). Mais bien au contraire : « *pacisci ne partem suam petat* » signifie : « renoncer , non pas à l'action en partage, mais renoncer à la propriété même de sa part », c'est à dire, selon les cas, à la pétition d'hérédité partielle, ou à la revendication partielle, de telle sorte que l'autre copropriétaire devienne propriétaire unique de la chose indivise : « *Si paciscatur socius ne partem suam petat, effectu tollitur societas* » (D. X, 3, *Communi. div.*, 14 § 1). Comme ce paragraphe suit immédiatement ceux où il est question d'une renonciation à l'action en partage, on voit que les mots : « *partem suam petere* » non seulement ne veulent pas dire : « intenter l'action en partage », mais encore s'emploient pour faire antithèse à l'idée d'intenter cette action.

Pour être autorisé à voir dans les mots « *partem suam petebat* » autre chose que leur sens normal et naturel, qui est : « intenter la pétition d'hérédité », il faudrait montrer que cette traduction ne saurait convenir à l'hypothèse, ou qu'elle y soulèverait d'insolubles difficultés. Mais, bien au contraire, c'est quand on traduit « *partem suam petebat* » par « intenter l'action *familiæ erciscundæ* » que l'on introduit dans le texte une note discordante et que l'on tombe dans les inextricables difficultés si bien signalées par M. Audibert.

A l'inverse la pétition d'hérédité convient parfaitement à l'hypothèse. Le cohéritier vainqueur du fisc possède, tout le monde l'admet (1), la totalité de la succession qu'il a en effet sauvée tout entière de la confiscation (*causam de totis bonis suscepit et obtinuit*). Il doit être bien tenté de dire : « *ubi onus, ibi emolumentum debet esse*»; mon cohéritier a déserté le champ de bataille, c'est moi seul qui ai sauvé des griffes du fisc la succession tout entière, il est juste que je la garde tout entière, d'autant plus qu'il pousse l'ingratitude jusqu'à refuser de contribuer pour sa part aux dépenses que j'ai faites dans l'intérêt commun. En conséquence, je refuse de le reconnaître pour mon cohéritier et de lui livrer sa part indivise en l'admettant à la copossession de l'héritage, ce qui va l'obliger à intenter la péti-

(1) Audibert, *N. R. H.* 1904, p. 301 ; Dumoulin, *loco cit.* § 3 : « *cum Titius possessioni incumberet...* » De même la glose et tous les commentateurs précédents, cités par Dumoulin § 1 : « *Titius forte possessioni incumbens* ».

tion d'hérédité (1) à laquelle j'opposerai l'exception de dol. On demande à Scaevola si cette exception est fondée, de sorte que si l'autre héritier persiste dans son inique refus, il sera débouté de son action et perdra tout droit sur la succession ? C'est un moyen indirect, mais très efficace d'obtenir le remboursement partiel des impenses. A cette question le jurisconsulte devait répondre que le juge de la pétition d'hérédité devrait tenir compte des impenses, même en l'absence d'exception : « *habendam rationem sumptuum, etsi non exciperetur* ». En effet Scaevola consulté sur la possibilité d'opposer l'exception de dol dans la pétition d'hérédité, à raison de certaines impenses, répond dans le Fr. 58, D. *De her. pet.* 5, 3 que cette exception n'est pas nécessaire et que l'office du juge suffit : « *Respondi, etsi non exciperetur, satis per officium judicis consuli* (2) ».

Or, notre texte, tel qu'on le lit au Digeste implique une autre doctrine. La phrase : « *Sed etsi omiserit doli exceptionem, agere potest de recipienda portione sumptuum* » a bien l'air de supposer que, si le défendeur omet l'exception, il n'aura que la ressource d'intenter une action. Les mots « *agere potest de recipienda portione sumptuum* », ne peuvent donc pas être de Scaevola ; ils le mettent en contradiction avec lui-même. Déjà l'imprécision de la phrase, qui laisse dans le vague l'action à intenter, le fait qu'elle divague hors de la question, et, en la forme, l'abandon du style indirect pour le style direct, nous en avaient montré l'interpolation.

Le résultat de cette seconde partie confirme donc celui de la première.

Voilà de bien longs développements pour un seul texte ; ils étaient, ce nous semble, nécessaires. Vainement Dumoulin avait consacré une leçon tout entière rien qu'à l'une des difficultés qu'il fait naître ; l'autre n'est pas moins grave. L'interpolation insoupçonnée, la nature de l'action en jeu méconnue, ces deux erreurs unanimement admises formaient une double pierre d'achoppement capable, on l'a bien vu, de faire dévier de la véritable voie les guides les plus sûrs. Puisse-t-elle être définitivement écartée de la route !

(1) Fr. 1 § 1 D. *Fam. ercis.* 19,2.

(2) On a vu plus haut que certains jurisconsultes (Gaius fr. 39 § 1, Papinien fr. 50 § 1, D. 5, 3) semblaient admettre la nécessité de l'exception, ou du moins en supposaient l'insertion dans la formule car, à bien les examiner, les textes ne prouvent rien de plus.

DI UNA INTERPOLAZIONE CERTA NELLA C. 4

DE

PERICULO ET COMMODO REI VENDITAE

(COD. 4. 48.)

Per **Carlo ARNÒ**, Professore ordinario di Pandette
nella R. Università di Modena

Imp. Gordianus A. Silvestro militi. Cum inter emptorem et venditorem contractu sine scriptis inito, de pretio convenit moraque venditoris in traditione non intercessit, periculo emptoris rem distractam esse in dubium non venit. PP. XV k. Jan. Gordiano A. et Aviola conss. (*a.* 239).

I

La regola « periculum statim est emptoris », spesso ripetuta nel Corpus iuris ed anzi nelle Istituzioni esposta come un aforisma (1), ha fatto dire al Dernburg (Pand. II § 96 nota 2) che ciò avveniva « senza dubbio perché già in Roma non si considerava come esente da difficoltà ».

Io, a più riprese, ho osservato che dei passi piu comunemente citati a sostegno della regola, altri in realtà non la confermano (2), altri sono interpolati.

Uno dei passi che si suole sempre richiamare a conforto del principio « periculum statim est emptoris » è la c. 4. Cod. 4–48 (cfr. per tutti Dernburg *l. c.*). Ora l'esame di questa costituzione mi richiama il pensiero già da me altra volta manifestato a proposito della c. 1 e della c. 3 di questo stesso titolo.

Secondo la mia congettura i compilatori del Codice con la c. 1 avrebbero avuto la scopo, oltre a quello di enunciare il principio giustinianeo sul periculum rei venditae, di chiarire che questo principio nulla toglie all' obbligo che ha il venditore di rispondere verso il compratore dell' evizione (3),e con la c. 3 avrebbero ancora voluto

(1) Cf. mio lavoro : Note minime sul § 3 Inst. de emptione et venditione (III–23), Modena 1899 (Estratto dall' *Archivio Giuridico*).

(2) Cf. miei lavori ; 1°) La teo rica del periculum rei venditae nel diritto romano classico, Torino 1897 (Estratto dalla *Giurisprudenza Italiana*) ; 2°) La Const. 2 Cod. 4-48 nella « Summa Perusina », Modena 1902 (Estratto dall' *Archivio Giuridico*).

(3) Cf. mio lavoro ; Comento ad Codicem, de periculo et commodo rei venditae (IIII-XXXXVIII) Const. I, Modena 1900 (Estratto dall' *Archivio Giuridico*).

avvertire che il principio lascia intatta la massima che il dolo del venditore non deve nuocere al compratore (1).

Esaminando la c. 4 io mi confermo vie più in quest'ordine di idee. I compilatori, pur in essa, proclamando il principio sul periculum rei venditae, continuano a porre innanzi delle avvertenze, onde venga ben a circoscriversi la portata del principio e siano tolte tutte quelle apparenti difficoltà che nelle sue varie applicazioni potrebbero presentarsi.

II

La prima avvertenza è questa : quando si dice che « periculo emptoris rem distractam esse in dubium non venit », si intende per le vendite fatte senza scrittura. In quelle invece per le quali fu tra i contraenti pattuita la scrittura, non esistendo il contratto sino a che non sia perfetta la copia definitiva, il pericolo prima della confezione dell' istrumento spetta al venditore, e dopo soltanto è addossato al compratore, e ciò perchè, se le parti vollero la scrittura, questa diventa elemento essenziale del contratto e, fino a tanto che essa non interviene, la vendita fatta e consistente nel semplice consenso è da considerarsi come non avvenuta.

In somma, per quel che si attiene a questa prima avvertenza, i compilatori ripetono nella c. 4 ciòche è pur detto nelle Istituzioni (3–23–3) : « Cum autem emptio et venditio contracta sit, quod effici diximus simulatque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur, periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit ».

Che questa prima avvertenza, che trovasi nella c. 4, sia opera compilatoria è cosa certa. Se vi ha interpolazione su cui non vi può essere dubbio è cotesta contenuta nelle parole « contractu sine scriptis inito », e già Accursio l'ebbe a rilevare.

È noto come Giustiniano nella sua c. 17 de fide instrumentorum (Cod. 4–21) dispose che la solennità della scrittura fosse elemento essenziale del contratto, ogniqualvolta le parti avessero stabilito di farlo per iscritto.

(1) Cf. mio lavoro : La massima « dolus auctoris bona fide emptori non nocet» nella Const. 3, Cod. 4-48 « de periculo et commodo rei venditae, Prato 1904 (Estratto dagli studi in onore di Vittorio Scialoja).

Ora l'inciso : « contractu sine scriptis inito » è stato introdotto appunto in conseguenza della modificazione giustinianea, per cui veniva a mutarsi la natura originaria della scrittura di semplice prova in quella di requisito essenziale.

Anche altri passi sono stati interpolati in seguito alla c.17, cosi ad esempio un frammento di Ulpiano (D. 18–1–2 § 1) : « Sine pretio nulla venditio est : non autem pretii numeratio, sed conventio perficit sine scriptis habitam emptionem ». Qui pure le parole « sine scriptis » sono sicuramente interpolate (1).

Per me presenta già un non lieve interesse il fatto per cui si ha una sicurezza assoluta che la costituzione di Gordiano non è interamente genuina, e che una di quelle varie avvertenze, che nel titolo del Codice riferentesi al periculum rei venditæ sono poste per rendere, dirò cosi, circostanziato il principio sul periculum, sia senza dubbio compilatoria. Che le altre, di cui già ho accennato in precedenti lavori, siano compilatorie è una mia congettura ; di questa invece si ha la certezza !

III

La seconda avvertenza, di cui nella c. 4, è questa : il *periculum* spetta *statim* al compratore, purchè il venditore non sia in mora Avvertenza inutile e a riguardo della quale si può ripetere quello che io dissi per la c.3. I compilatori con la seconda avvertenza della c. 4 verrebbero a dire che la regola è : *res perit emptori*, ma, se il venditore è in mora, non verrà il pericolo addossato al compratore. Cosa questa troppo ovvia per vederla enunciata in una costituzione (2). Non è quindi da escludersi che qui il periodo sia stato rimaneggiato dai compilatori. Forse nella costituzione genuina Gordiano parlava della tradizione quale vero limite di separazione del tempo in cui il pericolo è a carico del venditore da quello in cui spetta al compratore. Pei compilatori più non dovevasi distinguere se fosse o no intervenuta la tradizione, chè per loro il pericolo è sempre del compratore,

(1) Cf. Joh. Jac. Wissenbachii, Emblemata Triboniani, sive leges a Triboniano interpolatae.

(2) Cf. Gradenwitz, Interpolazioni e interpretazioni, in *Bullett. Istit. dir. rom.*, anno II (1889), p. 13.

e alla distinzione richiamata da Gordiano avrebbero sostituita l'altra se cioé fosse o no intervenuta *in traditione* la mora del venditore.

IV

Io non mi nascondo che questa mia congettura non sarà tanto facilmente ammessa ; onde, piacemi, a proposito di questa costituzione, fare un' ultima osservazione. Togliendo l'inciso certo interpolato « *contractu sine scriptis inito* », io mi domando se solo questo fosse il testo in tutto il Corpus iuris da cui sia dato trarre la norma romana sul *periculum rei venditæ*, si dovrebbe dal testo forse sola ed unica conseguenza trarre quella per cui il *periculum* è subito a carico del compratore ? Io dico che si può legittimamente dedurre anche l'altra conseguenza che cioé il pericolo passa al compratore con la tradizione della cosa. Ed in fatti la limitazione *nisi venditor moram tradendæ rei fecerit* non esclude che nel caso concreto, al quale Gordiano nel suo rescritto dava la risposta, giá avesse avuto luogo la tradizione. Il senso della costituzione potrebbe essere questo : se tu mi hai venduta una cosa— a parte il caso in cui tu sii stato *in mora tradendi*, perchè in tal caso avranno applicazionè i principii che regolano la mora— il pericolo è mio, avendomi tu consegnata tempestivamente la cosa. Niun dubbio che con la tradizione della cosa il pericolo è del compratore, il quale perciò dovrá ugualmente pagare il prezzo e se già pagato non potrà richiederlo. Che se invece la tradizione non sia intervenuta, e non sia intervenuta per la mora del venditore, il compratore non solo potrà esimersi dal pagare il prezzo e richiederlo se giá pagato, ma potrà continuare a chiedere per la *perpetuatio obligationis* la prestazione divenuta impossibile pel caso fortuito, potrà cioé ugualmente agire « *Stichum dari oportere* », in base alla quale azione il giudice dovrà aggiudicargli il valore della cosa perita, valore che può superare il prezzo convenuto.

Tutti i casi che si possono fare intorno alla mora o del venditore o del compratore o di entrambi stanno a sè, indipendentemente dal principio che vige sul periculum rei venditæ. Sia il pericolo addossato subito al compratore, o sia addossato a lui solo dopo la tradizione della cosa, ciò non viene a variare in qualsiasi guisa le norme riguardanti la mora. Nel frammento di Alfeno (D. 18–6–13) si dice

che il pericolo sta a carico del compratore quando la cosa venduta è già stata consegnata al compratore, ovvero non è stata ancora consegnata, ma il compratore è costituito in mora. E se non ha avuto luogo la tradizione e non è imputabile al compratore la mora nel farla ? Risponde Alfeno, nell'altro frammento (D. 18–6–15), che il pericolo è del venditore. E se è il venditore, che é in mora tradendi ? La soluzione è data nella C. 4, e la soluzione è piu che evidente. Se il compratore non risponde del pericolo quando non ancora gli è stata consegnata la cosa e non è in mora,a più forte ragione non risponderà se è il venditore che è in mora, ed il venditore non solo sopporterà il rischio, ma andrà incontro a tutte le molteplici conseguenze della mora.

E se la mora è intervenuta e per parte del venditore e per parte del compratore nel fare la tradizione ? Il pericolo spetterà al compratore « *perinde esse Labeo ait, quasi si per emptorem solum stetisset* » (D. 19–1–51 pr.).

E se il compratore è in mora e poscia incorre alla sua volta in mora il venditore nel far la tradizione della cosa rimasta intatta ? *Aequum est* — ritiene Pomponio — *posteriorem moram venditori nocere* » (D. 18–6–18).

Da tutto ciò consegue che se un passo afferma che il pericolo è del compratore a meno che il venditore non sia costituito in mora nel fare la tradizione della cosa, non indica senz' altro che il pericolo spetta *statim* al compratore, ma lascia ancora adito, per dire se il pericolo spetta al compratore, a vedere se sia o non sia intervenuta la tradizione della cosa.

V

In conclusione, qualunque sia l'importanza che si vorrà dare a queste mie considerazioni, sta il fatto che la C. 4, la quale intanto contiene una interpolazione certa, può sollevare dei dubbi. Dissero in generale gli scrittori e tra questi il Glück (lib. 18, tit. 6 § 1033) che ogni ragionamento che si faccia per abbattere la regola *res statim perit emptori* si infrange di fronte ai *passi chiari del Codice.* Per quel che ha tratto al diritto romano classico, e stando per ora alla C. 4, questa chiarezza è per lo meno assai offuscata.

L'EXPRESSION "CIVILIS IN FACTUM"

SON CARACTÈRE BYZANTIN

Par **Adrien AUDIBERT**, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris

I. Comment s'explique le nom d'*actio civilis in factum*. Explication des anciens commentateurs. Explication tirée des *præscripta verba*. Explication fondée sur ce que l'action n'était pas proposée dans l'Edit : 1 et 11 D. 19. 5. — II. Les mots *in factum* servaient-ils, en dehors de l'expression *civilis in factum*, à désigner l'*actio civilis* ? — III. L'expression *civilis in factum* n'est pas classique. Interpolation du fr. 5 § 2 *in fine* et du fr. 1 §§ 1, 2, D. 19, 5.

I

On connait les noms singulièrement nombreux et divers que porte, dans la compilation de Justinien, l'action tendant à l'exécution des contrats innommés : *actio civilis, actio incerti, actio præscriptis verbis, actio in factum, etc.*(1). Parmi eux, figure le nom *d'actio civilis in factum* ou *in factum civilis*. Cette expression se rencontre trois fois au Digeste : deux fois d'abord dans le fragment de Papinien par lequel s'ouvre le titre *de præscriptis verbis*, 19–5, au § 1, qui contient une décision empruntée à Labéon, et au § 2 ; une troisième fois dans une décision de Julien, citée par Paul, 5 § 2 D. *eod. tit.* Elle se présente donc à nous sous le couvert des noms de Labéon, de Julien, de Papinien et de Paul, et jusqu'à ces dernières années personne n'a mis en doute qu'elle servît, dans la langue classique, à désigner l'action civile que beaucoup de jurisconsultes faisaient résulter des contrats innommés. On discutait si c'était à une action civile ou à une action *in factum* qu'il fallait avoir recours (7 § 2 D. 2. 14, *de pactis*) ;

(1) Voyez dans les *Mélanges Gérardin*, Paris, Larose 1907, l'étude *sur les différents noms de l'action præscriptis verbis*. Le présent travail fait suite à cette étude.

mais l'action civile elle-même ne s'en appelait pas moins *in factum* ou du moins *civilis in factum*. Cette terminologie qu'aujourd'hui encore la très grande majorité des romanistes continue de tenir pour classique, n'est pas d'une explication facile.

C'est pour en rendre compte que les anciens commentateurs se représentaient les actions *in factum* comme une classe d'actions subdivisée en deux espèces : les actions civiles et les actions prétoriennes, toutes également *in factum* au même sens du mot (1). Ils définissaient d'une façon générale l'action *in factum*, en se fondant, soit sur les textes où il est dit que l'action *in factum* est donnée à défaut de tout autre action portant un nom spécial (1 et 11 D. 19–5), soit sur ceux d'où il résulte que la formule *in factum* contient la description des faits sur lesquels le demandeur appuie sa prétention, *rem gestam demonstrat* (6 C. 2. 4), mais sans pouvoir se douter de l'importance qu'avait en cette matière la rédaction de *l'intentio*. Quant à la distinction des actions *in factum* prétoriennes et *in factum* civiles, ils la ramenaient à une question d'origine, les unes procédant de la juridiction du préteur, les autres de l'interprétation des Prudents. Ils n'avaient d'ailleurs à citer, comme rentrant dans cette seconde catégorie, que l'action *præscriptis verbis*. (2).

L'inexactitude de cette conception, fondée sur une connaissance insuffisante de l'action *in factum*, telle qu'on pouvait la tirer des seuls textes de Justinien, nous a été révélée par Gaius (3). Nous savons aujourd'hui que l'action est *in factum*, lorsque la question posée dans l'*intentio* de la formule est de savoir si tel fait a eu lieu ; que l'action est au contraire *in jus*, lorsque cette question est de savoir si le demandeur a un droit, par exemple s'il est créancier du défendeur : *si paret... dare facere oportere*. La formule d'une action

(1) Voyez A. Favre, *Rationalia*, 5, 1626, p. 645. Doneau, *Opera*, Macerata 10, 1832, col. 1273–1278 (*ad tit. de praescr.-verb.*, ch. 22–24.) Merillius, *Variantium ex Cujacio*, lib. 1, 29–30 : Naples, 1720, 2. p. 228 ets. Meister, *de in factum actionibus : select. opusc.* 1766, p. 309–415. Glueck, *Pandekt.*, 18, p. 152–160.

(2) Quelques-uns pourtant citaient encore, comme *civiles in factum*, les actions données *ex legum sententia*, par exemple celles qui servaient à compléter le système de la loi Aquilia, les *actiones in factum accomodatas legi Aquiliae* dont parle Pomponius : 11, D. 19-5. Voyez Doneau, *ad. tit. de pr. verb.*, 24 : *Opera*, Macerata, 1832, X, col. 1290. — *Contra*, Merillius, *Observation.* 3, 26, Naples, 1720, p. 103.

(3) Gaius, 4, 46–47, 107 ; Gaius d'Autun, 80, 107–108, 111–113.

civile est nécessairement *in jus*, et personne ne doute (1) que tel soit le caractère de l'action *civilis incerti*, donnée au cas de contrat innommé. Il est dès lors impossible de la concevoir comme une variété de l'action *in factum*, telle que Gaius la définit. S'il a vraiment existé des actions *in factum* civiles, il faut de toute nécessité que les mots *in factum* aient eu un second sens, absolument différent de celui que Gaius leur donne ; et ainsi, au lieu de parler, comme le faisaient les anciens auteurs, d'une classe générale d'actions subdivisée en actions *in factum* prétoriennes et actions *in factum* civiles, il faudrait admettre deux classifications tout à fait distinctes : 1° celle des actions *in factum* proprement dites, nécessairement prétoriennes, s'opposant aux actions *in jus*, 2° celle des actions *in factum* entendues dans un sens spécial, de manière à comprendre même des actions *in jus*, par opposition à je ne sais quelle autre sorte d'actions. Mais est-il vrai que cette seconde classification ait existé, et quel pourrait en être le sens ?

D'après une opinion généralement reçue depuis Savigny (2), ce qui a valu à l'action civile donnée en matière de contrats innommés, le nom d'action *in factum*, c'est l'exposé des faits qui était contenu en tête de la formule de cette action, dans les *præscripta verba*, et qui l'a fait nommer aussi *præscriptis verbis*. Que ce dernier nom doive s'expliquer ainsi, soit ! (3) mais rien ne prouve que l'action civile ait été, pour cette même raison, dite *in factum*. Il n'y a aucun témoignage en ce sens. Ce n'est qu'une conjecture, et des plus invraisemblables. Du moment que la qualification d'action *in factum* dépendait de la façon dont *l'intentio* était rédigée, comment eût-il été possible de prendre en considération les *præscripta verba*, c'est-à-dire la *demonstratio* (4), pour appeler *in factum* une action qui, en réalité et par son *intentio*, était *in jus* ? Toute *demonstratio* mentionne nécessairement un fait, et si l'on s'était placé à ce point de vue, ce n'est pas seulement à l'action *præscriptis verbis*, c'est à un très grand

(1) Savigny, *System*, 5 § 217. p. 96–100. Keller, *Civ. pr.*, § 42. Bekker, *Aktion.*, 2, p. 140-148. Accarias, *Contrats innommés*, p. 64–67, 85–87. Gradenwitz, *Interpolat.*, p. 145. A. Pernice, *Z. Sav. St.*, 9, p. 253-254. Naber, *Mnemos.*, 22, p. 79-80. Girard, *Manuel*[1], p. 586. Cuq, *Instit. jurid.*, 2, p. 445.

(2) Voy. Savigny, Keller, Girard, Cuq : suprà, n. 1.

(3) *Mélanges Gérardin*, p. 30-32.

(4) *Mélanges Gérardin*, p. 30, n. 5.

nombre d'autres actions, à toutes les actions de bonne foi notamment, que le nom d'action *in factum* aurait dû être donné.

Une autre explication, admise notamment par M. Naber (1), s'appuie sur deux passages du titre *de præscriptis verbis*, l'un de Papinien, 1 pr. (2), l'autre de Pomponius, 11 (3), où les actions dont la formule était inscrite dans l'Edit sont opposées à celles que le préteur donnait ,bien que l'Edit n'en fît pas mention : les actions de la première sorte y sont appelées *judicia prodita, vulgares actiones*; les autres sont dites *in factum*, et ce nom leur était donné dans tous les cas, dit-on, qu'elles fussent civiles ou prétoriennes, que leur formule fût *in factum* ou *in jus*. C'est en ce sens spécial qu'une action *in jus*, une action civile telle que l'action *præscriptis verbis*, était en même temps *in factum*.

Cette explication ne me paraît pas mieux fondée que la précédente. Les deux textes qu'elle invoque disent bien qu'à défaut d'actions proposées dans l'Edit, il était en certains cas possible de recourir à des actions *in factum* ; mais pourquoi les mots *in factum* auraient-ils ici un sens différent de celui que nous fait connaître la définition de Gaius ? N'est-il pas certain que des actions *in factum*, au sens vrai du mot, pouvaient être données par le préteur en dehors de toute clause de l'Edit ? Et, pour parler particulièrement des contrats innommés que Papinien, sinon Pomponius, paraît bien avoir ici en vue (4), ne donnaient-ils pas lieu à des actions de ce genre ?

On connait la controverse qui divisa sur ce point les jurisconsultes: dans tel cas particulier, Julien était pour l'action *in factum* ; d'au-

(1) Naber : *Mnemos*, 22, p. 78. Cp. Bethman-Hollweg, *Geschichte des Civ. proc.* 2, p. 321. Bekker, *Aktionen*, 2, p. 146 et n. 24.

(2) Nonnunquam evenit ut, cessantibus judiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas quae in factum appellantur.

(3) Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. Sed et eas actiones quae legibus proditae sunt, si lex justa ac necessaria sit, supplet praetor in eo quod legi deest : quod facit in lege Aquilia, reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliae, idque utilitas ejus legis exigit.

(4) Le fr. de Papinien est extrait du livre 8 des *Quæstiones*,correspondant à la partie de l'Edit relative à l'action *commodati* ; or Papinien s'y est certainement occupé de questions intéressant les contrats innommés (Lenel, *Paling.* Papin. 151–153), et Lenel remarque qu'Ulpien a fait de même, dans son commentaire de la même partie de l'Edit (Lenel, *l'Edit perp.*, 2, p. 291–292).

tres, Mauricien et Ulpien notamment, se déclaraient au contraire partisans de l'action civile (7 § 2 D.2.14, *de pactis*).On peut, il est vrai, contester que Papinien se soit inspiré de la doctrine de Julien; du moins le voyons-nous donner l'action *præscriptis verbis* dans une hypothèse très semblable à celle où Julien recourait à l'action *in factum*(7 D.*eod. tit.*). Mais dans d'autres cas au contraire, il tenait lui-même l'action *in factum* pour seule possible : il y a des raisons de l'affirmer, nous le verrons bientôt en étudiant le § 2 du même fr. 1 (1). Or c'est précisément à certains cas spéciaux que Papinien fait allusion, ce n'est nullement un principe d'une application générale qu'il entend poser, lorsqu'il dit : *nonnunquam evenit ut...*

Quant au fragment de Pomponius, ce n'est pas spécialement à l'occasion des contrats innommés qu'il paraît avoir été écrit (2) ; c'est d'une façon plus générale que le jurisconsulte y prévoit le recours à l'action *in factum* (*plerumque actiones in factum desiderantur*), et ce qu'il dit dans la suite du texte, au sujet des actions par lesquelles le préteur compléta le système de la loi Aquilia, prouve bien, comme beaucoup le concèdent d'ailleurs (3), qu'il s'agissait dans sa pensée d'actions prétoriennes.

Il est vrai que dans le fragment de Papinien, après la phrase du *principium* qui mentionne l'action *in factum*, il est parlé d'*actio civilis in factum* §§ 1 et 2), et que le fr. 2 de Celse, qui paraît n'être que la continuation du même développement, s'exprime ainsi : *nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, præscriptis verbis agendum est* : d'où il faudrait conclure que l'action dont il a été d'abord question ne peut être que l'action *præscriptis verbis* ou l'action civile.Mais ces diverses expressions, *in factum*,*civilis in factum*, *præscriptis verbis*, ont été ici rapprochées, combinées, mélangées à dessein par les compilateurs : Pernice l'a très bien montré et nous y reviendrons tout à l'heure (4) ; de telle sorte qu'il est impossible de

(1) V. *infra*, p. 55-56

(2) Ce que nous savons de la composition du livre 39 *ad Quintum Mucium*, d'où le fragment de Pomponius est tiré (Lenel, *Palingen.*, Ulp., 323-325), et les développements qu'il contient,notamment en ce qui concerne les *actiones in factum accomodatæ legi Aquiliæ*, donnent bien à penser qu'il ne visait pas spécialement les actions données en matière de contrats innommés.

(3) Accarias, *Contrats innommés*. p. 334-335 Wlassak, *Edickt und Klageform.*, p. 112. Personne ne soutient plus sur ce point, l'ancienne opinion de Doneau, rappelée supra, p. 38, n. 2.

(4) Nous verrons (p. 50-55) ce qu'il faut penser des §§ 1-2, du fr. 1. Quant au fr. 2. on

tirer de cet assemblage de termes contradictoires aucune conséquenc quant à la signification que les mots employés d'abord par Papinien devaient avoir dans sa pensée. Si d'ailleurs on doit admettre que, dans le texte de Pomponius, les actions *in factum* données à défaut d'actions proposées dans l'Edit sont bien des actions prétoriennes, pourquoi les mots *in factum* auraient-ils, dans le texte de Papinien, une autre signification ? Et quelle serait-elle exactement ? On est assez embarrassé de le dire : car les auteurs se demandent si Papinien entendait ici par action *in factum* seulement l'action civile ou tout à la fois l'action civile et l'action prétorienne (1). De quelque façon qu'on réponde à cette singulière question, la confusion de langage qu'on prête au jurisconsulte est très étrange : comment aurait-il parlé d'actions *in factum* précisément pour désigner des actions *in jus* ? Ce sont nos deux textes, prétend-on, qui consacrent cette terminologie ; mais je l'y cherche en vain. Ni l'un ni l'autre ne contiennent rien de semblable. Papinien et Pomponius se bornent à faire cette très simple observation, que des actions *in factum* peuvent être données, alors qu'il n'y a pas de formules d'action proposées dans l'Edit. Ils ne disent ni que les actions ainsi données soient *in*

a pu se demander si l'expression *præscriptis verbis* n'y a pas été introduite par les compilateurs, et nous savons en effet que, dans certains cas, dans le cas d'échange notamment, Celse ne donnait pas l'action *præscriptis verbis* (Accarias, *Contrats innommés*, p. 95–96. *Mélanges Gérardin*, p. 24, n. 14). Il est possible cependant que Celse ait dit qu'à défaut d'actions proposées dans l'Edit on devait,du moins dans certains cas, agir *præscriptis verbis*; mais il n'en résulte pas que,lorsque Papinien nous dit qu'à défaut d'actions proposées dans l'Edit,on peut parfois recourir à des actions *in factum*,ce soit l'action *præscriptis verbis* que lui aussi ait en vue. Les deux jurisconsultes exprimeraient-ils donc deux doctrines contraires ? On pourrait le supposer, mais cela n'est ni nécessaire, ni, à mon avis, vraisemblable. On pouvait très bien admettre que, dans certains cas, il y avait lieu à l'action *præscriptis verbis*, et dans d'autres à l'action *in factum* ; et c'est ce que semble avoir admis Papinien (*infr.* p.55-56). La proposition de Papinien et celle de Celse pouvaient donc signifier, la première qu'il y avait des cas où l'on pouvait recourir à l'action *in factum*, et la seconde, qu'il y en avait d'autres où l'action *præscriptis verbis* devait être donnée. Les compilateurs leur ont donné, en les rapprochant, une portée générale que ni l'une ni l'autre ne pouvaient avoir dans l'esprit de ces deux jurisconsultes.

(1) Il y a en somme trois manières d'entendre les actions *in factum* dont parle Papinien. Ou bien cette expression vise uniquement l'action *præscriptis verbis* (Cuq, *Inst. jurid.*, 2, p. 445, n. 4) ; ou bien elle embrasse tout à la fois l'action *præscriptis verbis* et l'action prétorienne *in factum* (Accarias, *Contrats innommés*, p. 86–87. Wlassak, *Edikt und Klageform*, p.112) ; ou bien enfin elle ne s'applique qu'à l'action prétorienne *in factum* (Pernice, *Z. Sav. St.* 9, p. 255. Girard, *Manuel*[4], p. 587, n. 6, p. 588, n. 1).

factum précisément en ce sens et pour cette raison que le préteur les donne en dehors de toute clause de l'Edit, ni qu'elles s'appellent *in factum* par opposition à une classe d'actions dont le nom technique serait *vulgares* ou *proditæ actiones* (1), ni enfin qu'elles soient *in factum* alors même que par la rédaction de leur formule elles seraient *in jus*. Tout cela, on le leur fait dire. C'est de l'interprétation, et qui me paraît très abusive (2).

On a cherché à l'appuyer indirectement sur le témoignage de deux rescrits, l'un d'Alexandre Sévère, l'autre de Dioclétien, d'où il semble résulter que l'action *præscriptis verbis* était une action utile : elle était utile, dit M. Naber, comme elle était *in factum* et pour la même raison, parce que sa formule ne figurait pas dans l'Edit (3). Les deux textes cités ne fournissent à cette thèse qu'une base très fragile. Le premier, 6 § 1 D. 2,4, *de transact* (4), est bien connu à cause du nom que notre action y reçoit *d'actio utilis quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat.* Mais d'abord, il se peut que cette qualification d'action utile tienne aux circonstances particulières de la cause, et c'est ainsi que beaucoup d'auteurs ont proposé de l'expliquer (5). D'autre part, il est très vraisemblable que le texte a été interpolé : l'auteur du rescrit donne, dans le cas de transaction dont il s'occupe, l'action *ex stipulatu* si les parties ont employé les formes de la stipulation,

(1) *Judicia prodita, vulgares actiones* ne sont pas plus des expressions techniques dans le fr. 1 pr. et § 1, que ne le sont, dans le fr. 2 qui suit immédiatement, les mots *vulgaria atque usitata* (*actionum nomina*).

(2) Lenel (*l'Edit perpétuel*, 1. p. 231-233) fait observer à propos des actions par lesquelles le préteur compléta le système de la loi Aquilia, qu'alors même que ces actions sont appelées *in factum* dans les sources, on n'en peut pas conclure que la formule fût rédigée *in factum*, mais qu'on peut tout aussi bien supposer qu'elle était *in jus*, par exemple avec une fiction. Il pourrait donc y avoir des actions prétoriennes *in jus* dites *in factum*. (Cf. Wlassak, *Edikt und Klagef.* p. 111-113, et Girard, Manuel [4], p. 998, n. 2). Mais cette terminologie est-elle démontrée ? Est-elle vraiment correcte ? (Voy. A. Pernice, *zur Lehre von der Sachbeschadigung*, 1867, p. 157 et s.). Dans tous les cas Lenel la restreint aux actions prétoriennes. Il ne dit pas que le nom d'action *in factum* puisse convenir aux actions *in jus* civiles qui ne seraient pas proposées dans l'Edit.

(3) *Mnemos.* 22, p. 71, p. 81.

(4) Verum si fides placitis præstita non est, in id quod interest diversam partem recte convenietis : aut enim si stipulatio conventioni subdita est, ex stipulatu actio competit, aut si omissa verborum obligatio est, utilis actio quae præscriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est.

(5) Savigny, *System*, 5 § 217, p. 97, *m.* Accarias, *Contrats innommés*, p. 212.

l'action *præscriptis verbis* si elles ne l'ont pas fait; or on peut soutenir avec Pernice, que la partie finale du texte où cette dernière action est donnée (à partir des mots *aut si omissa verborum*) a été ajoutée par les compilateurs (1). Quant au rescrit de Dioclétien, 3 C.8,54 (55) *de donat. q. sub modo* (2), *Vatic. fr.* 286, l'action utile qui y est donnée est, il est vrai, identifiée avec l'action *præscriptis verbis* par Eudoxius, dans une note insérée aux Basiliques (3). Mais on reconnaitra que l'observation d'Eudoxius est sans intérêt pour la terminologie classique ; et d'ailleurs l'action utile dont il est ici question n'a aucun rapport avec l'action *præscriptis verbis*. Il s'agit d'une donation avec charge au profit d'un tiers ; au cas d'inexécution de la charge, le donateur peut exercer une *condictio*, et c'est cette *condictio* qui est donnée au bénéficiaire comme action utile (4).

II

En examinant les explications très insuffisantes par lesquelles on a tenté de justifier la qualification d'action *in factum* donnée à l'action civile, nous avons constaté le désaccord des interprètes sur

(1) Pernice, *Iabeo*, 3, 1, p. 91, n. 4. Ce qui rend assez suspecte cette partie du texte, c'est d'abord l'emploi, peu habituel à l'époque d'Alexandre Sévère, d'une périphrase remplaçant le nom de l'action : c'est aussi la comparaison qu'on peut faire du rescrit d'Alexandre Sévère avec un rescrit de Caracalla, qui dans une hypothèse semblable donne bien l'action *ex stipulatu*, mais s'abstient de prévoir le cas où il n'y a pas eu de stipulation, et ne parle pas d'action *præscriptis verbis*. 7 C.J. 2, 3, *de pactis*, l. C. Gregor. 1, 1. *quæ si non servatur, ex stipulatu, si modo pacto subjecta est, actio dabitur* (Au C. Gregor. on lit : *si modo transactio facta est, actio dabitur*). Pernice a voulu pousser plus loin la démonstration ; les commissaires de Justinien auraient ajouté au rescrit de Caracalla *vel præscriptis verbis actio si stipulatio non intervenit*, et cette interpolation, prouvée par le Code Grégorien, permettrait de conclure à celle de notre c. 6. C. 2, 4 (Voy. aussi Girard, *Manuel* [1], p. 445, n. 6). Mais comme l'a fait justement remarquer M. Cuq (*Instit. Jurid.* 2, p. 445. n. 4), on ne trouve dans les manuscrits du Code de Justinien aucune addition de ce genre (voir l'édition du C. Just. de P. Kruger, et Haenel, Code Grégor., p. 3, n. r). C'est seulement une scolie des Basiliques qui parle d'action *præscriptis verbis*.

(2) Sed cum postea benigna juris interpretatione divi principes si qui stipulatus non sit utilem actionem juxta donatoris voluntatem competere admiserint, actio quae sorori tuae, si in rebus humanis ageret, competebat, tibi accommodabitur. Remarquons que les compilateurs ont écrit *competere, competebat*, au lieu de *decernendam esse, potuit decerni*, que portait le texte original : *Vat. fr.* 286.

(3) Basil. 47, 1, 72.

(4) Eiselc, *Beitraege zur roem. Rechtsg.*, 1896, 2, p. 82-83. Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 89. Girard, *Manuel* 4, p. 449, n. 1.

un point capital. Pour certains d'entre eux, Pernice et M. Girard par exemple, l'action civile ne peut être qualifiée d'action *in factum* qu'avec adjonction du mot *civilis*. Suivant d'autres, comme Accarias, M. Naber ou M. Cuq, il est parfaitement possible qu'en dehors de cette expression les mots *in factum* servent à désigner l'action civile, non seulement s'il sont accompagnés de quelque autre expression qui en précise le sens, *præscriptis verbis* par exemple, mais alors même qu'ils seraient employés seuls ; et en ce dernier cas la question se pose de savoir s'ils doivent être rapportés à l'action *in factum* prétorienne ou au contraire à l'action civile. De là des dissentiments sur le sens de nombreux textes, parmi lesquels il faut citer particulièrement, en dehors de ceux où la même action est appelée *præscriptis verbis* en même temps qu'*in factum* (1), d'abord les deux fragments de Papinien et de Pomponius, dont nous venons de nous occuper, 1 et 11 D, 19, 5, *de præscriptis verbis*, puis les textes suivants : Proculus, 12, D. 19, 5 (2) ; Ulp. 13 pr. D. *eod.* t. (3) ;

(1) Ulpien, 13 § 1, D. 19, 5, *de præscr. verb.* Gaius, 22, D. *eod. t.* Africain, 24, D. *eod. t.* — Voy. *Mélanges Gérardin*, p. 40–42.

(2) C'est à propos d'un pacte résolutoire accompagnant un contrat de vente qu'on lit, dans ce fragment de Proculus, *in factum existimo judicium esse reddendum.* Proculus entendait-il par là l'action *præscriptis verbis ?* On l'a soutenu en se fondant sur ce que la doctrine proculienne est favorable à ce genre d'actions (Accarias, *contrats innommés*, p. 261-263). D'autres reconnaissent qu'il s'agit de l'action prétorienne *in factum.* Girard, *Manuel* 4, p. 588, n. 2, l'admet, maisnon sans hésitation : peut-être. dit-il.

(3) Ulpien explique ici, à propos d'une convention d'*æstimatum* (*Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem ut quo pluris vendidisses tibi haberes*), qu'il ne peut y avoir ni action *mandati*, ni action *pro socio*, mais qu'il sera donné une action *in factum* : *sed in factum quasi alio negotio gesto* ; attendu, ajoute-t-il, que les mandats doivent être gratuits, et qu'il n'y a pas de société lorsque l'une des parties se réserve dans l'opération un prix déterminé. Quelle est l'action qu'Ulpien appelle *in factum ?* L'action *præscriptis verbis*, suivant les uns (Accarias, *contrats innommés*, p. 265 : Cuq, *Instit. jurid.*, 2, p. 445, n. 4), l'action prétorienne *in factum*, suivant d'autres (Girard, *Manuel* 4, p. 588, n. 4). Il faut reconnaître que les mots *sed in factum quasi alio negotio gesto*, qui rompent la suite logique du raisonnement, ont été ajoutés par les compilateurs. Naber l'admet, pour cette raison qu'Ulpien était partisan de l'action *præscriptis verbis* (*Mnemos.* 22, p. 75–76) ; il pourrait aussi bien admettre, comme il le fait pour d'autres textes, qu'Ulpien prenait ici les mots *in factum* dans le sens de *præscriptis verbis.* Ce qui me paraît, pour ma part, décisif, c'est qu'il s'agit d'une hypothèse où l'action *de æstimato* aurait dû être donnée. Or il est à remarquer que les compilateurs ont voulu ramener l'action donnée dans le cas *d'æstimatum* à l'action générale par laquelle ils sanctionnent les contrats innommés (*Mélanges Gérardin.* p. 36, 39-40) ; ils ne lui ont donné son nom *d'æstimatoria* qu'au

Ulp. 5 § 12 D. 13, 6, *commodati* (1) ; Paul, 1 § 1 D. 19, 4 *de rer. permutat.* (2) ; Alexand. 3 C. 4, 14 (3). Sans nous arrêter à examiner en détail ces divers textes, voyons seulement ce qu'il faut penser des deux doctrines qui conduisent à les interpréter diversement. L'une et l'autre me paraissent également insoutenables.

Contre celle qui admet qu'en dehors même de l'expression *civilis in factum*, les mots *in factum* pouvaient s'appliquer à l'action civile, il y a des objections décisives. On soutient d'abord que la combinaison d'*in factum* avec *præscriptis verbis* n'a rien d'incorrect, et cependant aucun exemple vraiment classique n'en peut être cité ; c'est

titre de *æstim.*, 19, 3, et en y ajoutant les mots *præscriptis verbis* ; partout ailleurs ils l'ont qualifiée soit d'action *præscriptis verbis*, soit d'action *in factum* (ce qui, dans leur terminologie, est la même chose) : d'action *præscriptis verbis*, dans les fr. d'Ulpien, 44, D. 17, 2, *pro socio*, et 17 § 1, D. 19, 5, de *præsc. verb.* (*Mélanges Gérardin*, p. 36, n. 3, p. 40, n. 2) ; d'action *in factum*, dans le passage d'Ulpien qui nous occupe.

(1) Il s'agit de l'hypothèse suivante : *rem tibi dedi ut creditori tuo pignori dares ; dedisti ; non repigneras, ut mihi reddas.* Labéon donnait en ce cas l'action *commodati* et Ulpien l'approuve ; mais il ajoute : *nisi merces interrenit ; tunc enim vel in factum vel ex locato conducto agendum erit.* D'après les uns, c'est d'une véritable action *in factum* qu'Ulpien parle ici (Girard, *Manuel* 4, p. 588, n. 4. D'après les autres, ce ne peut être que de l'action *præscriptis verbis*. (Naber. *Mnemos.* 22, p. 78-79. Cuq. *Instit. jurid.* 2, p. 445. n. 4.)

(2) *Unde si ea res quam acce perim vel dederim postea evincatur, in factum dandam actionem respondetur.* Cette action donnée au coéchangiste évincé est, suivant les uns, l'action *præscriptis verbis* (Accarias, *contrats innommés*, p. 66, n. 2. Cuq. *Instit. jurid.*, 2, 445, n. 4) ; suivant d'autres, l'action prétorienne *in factum* (Pernice, Z. *Sav. Stift.* 9, p. 255, n. 4). Girard (*Manuel* 4, p. 588 n 4) croit qu'il n'est pas impossible que Paul donnât l'action *præscriptis verbis*, mais qu'en ce cas il devait parler de l'action *civilis in factum* ; le mot *civilis* aurait disparu. On est, à mon avis, d'autant moins fondé à entendre ici l'action *in factum* de l'action *præscriptis verbis*, que dans le cas d'échange, Paul n'admettait en principe d'autre action que la *condictio ob rem dati* : 1 § 4, D. 18, 4, *de rer. permut.* (Voy. Naber, *Mnemos.* 22, p. 83-85 ; Appleton, *N. Rev. hist.*, 1906, p. 773-774). L'un de ceux qui tiennent l'action *in factum* dont il s'agit pour l'action prétorienne *in factum*, Pernice, a conjecturé que Paul avait reproduit une décision de Julien : à quoi l'on peut objecter, avec Naber (*Mnem.* 22, p. 85), que Julien devait conformément à la doctrine Sabinienne donner l'action *emti* au coéchangiste évincé. Gaius 3, 141 ; Julien. 10, D. 41, 4, *pro emptore.*

(3) Votre esclave vous a promis une somme d'argent si vous l'affranchissez ; mais, une fois affranchi, il ne vous a pas fait de promesse verbale. Dans cette hypothèse, l'auteur du rescrit décide : *Adversus eum petitionem per in factum actionem habes.* Là encore, on a voulu voir l'action *præscriptis verbis*. (Cuq. *Inst. jurid.* 2, p, 445, n. 4). Mais l'action prétorienne *in factum* est d'autant mieux indiquée qu'en l'espèce aucune obligation civile n'a pu se former. Cf. 16 (17). D. 3, 5, *de negot. gest.*

un fait bien constaté que, partout où ces deux expressions se rencontrent, ainsi combinées, l'interpolation est indiscutable. En dehors de ce premier point, dont j'ai traité ailleurs (1) et sur lequel il me paraît inutile d'insister davantage, on veut que les seuls mots *in factum*, employés sans autre qualificatif, aient pu désigner l'action civile aussi bien que l'action prétorienne. Mais cette terminologie n'est pas seulement inadmissible en théorie, elle l'est surtout pratiquement. Comment le même nom d'action *in factum* aurait-il pu convenir aux deux actions, alors que les jurisconsultes discutaient précisément si c'était l'action civile ou l'action *in factum* qui devait être donnée ? Pour que ceux qui prenaient parti dans la controverse pussent être compris, un critérium était nécessaire, et nous en avons nous mêmes besoin pour entendre leur décisions. Quel était-il ? On ne nous en donne aucun. Le même problème ou plutôt la même énigme se pose sur chaque décision qui donne l'action *in factum*, et on la tranche comme on peut, en utilisant lorsque cela est possible les renseignements qui nous sont parvenus sur l'auteur de la décision : c'est ainsi que les mots *in factum* du fr. 5 § 12 D.13,6 sont rapportés par M. Naber à l'action civile, parce que la décision est d'Ulpien, et qu'Ulpien est connu comme un des partisans de ce genre d'actions (7 § 4 D. 2. 14). Mais serait-il donc nécessaire, pour entendre les décisions des Prudents, d'être fixé par ailleurs sur la doctrine qu'ils professaient ? Comment croire qu'un même terme pût servir à exprimer les deux doctrines contraires, et qu'ainsi sa signification dépendît du jurisconsulte qui l'employait ? Il devait nécessairement y avoir une différence de langage qui marquât celle des doctrines. Dira-t-on que l'emploi des mots *dari actionem* au lieu de *competere actionem* pouvait ici servir à distinguer l'action prétorienne de l'action civile ? Ce serait absolument contraire au langage des sources : l'expression *dari actionem* est employée aussi bien pour l'action civile que pour l'action *in factum*, et cela s'explique très bien, l'action étant dans les deux cas donnée en dehors de toute disposition de l'Edit (2). Il n'est pas moins impossible d'admettre la distinction que fait M. Naber à propos du fr. 5 § 12 D. 13, 6, *commodati*, entre le

(1) *Mélanges Gérardin*, p. 40–42.

(2) Voy. P. Krueger, *ueber dari actionem und competere actionem*, *Z. Sav. Stift.* 1895, p. 1–6. Gradenwitz, *Interpolat.* p. 137–138, considère l'emploi du verbe *competere* à propos de l'action *præscriptis verbis* comme un signe d'interpolation.

verbe *agere in factum* qui aurait pu s'appliquer à l'action civile, et le substantif *actio in factum*, qui eût été réservé à l'action prétorienne (1) : comme si la substitution du substantif au verbe avait pu avoir cette vertu singulière de changer le sens des mots. Il y a, il est vrai, certains textes, notamment des textes d'Ulpien, partisan déclaré de l'action civile, où l'on est surpris de rencontrer l'action *in factum*. Le jurisconsulte donnait il ,suivant certaines distinctions, tantôt l'une, tantôt l'autre des deux actions ? ou bien lui est il simplement arrivé de rendre des décisions contradictoires (2 ? Sont-ce les compilateurs qu'il faut soupçonner d'avoir substitué un nom d'action à un autre ? Aucune de ces hypothèse n'est impossible ; mais ce qui me paraît au contraire l'être absolument, c'est que le même nom ait pu servir à désigner indifféremment l'une ou l'autre des deux actions.

L'autre doctrine, d'après laquelle les mots *in factum* ne s'appliquaient à l'action civile que dans l'expression *civilis in factum*, ne soulève pas, il est vrai, les mêmes difficultés. Mais combien n'est-elle pas illogique ! Si l'action civile avait été vraiment *in factum*, pourquoi n'aurait-il été possible de lui donner ce nom qu'en y joignant *civilis ?* On fait de *civilis in factum* une expression consacrée, un terme technique qui eût été par excellence réservé à l'action civile, et en dehors duquel *in factum* aurait nécessairement une tout autre signification. Mais, à supposer que cette expression ait vraiment été employée, son prétendu caractère technique est tout à fait contestable ; il ne résulte nullement des textes, en somme fort rares, où elle se rencontre (3). On admet que la combinaison des mots *præscriptis verbis* et *in factum* n'est pas classique, qu'elle a été imaginée par les compilateurs, et en cela on n'a pas tort ; mais la combinaison des mots *civilis* et *in factum* n'a-t-elle pas absolument le même caractère, et n'y a-t-il pas les mêmes raisons d'en contester l'authenticité ?

(1) *Mnemos.* 22, p. 79.

(2) Les contradictions de ce genre ne sont pas rares, et Naber le reconnaît : *Mnemos.* 22, p. 75. Voy, pour ce qui est d'Ulpien, Pernice, *Ulpian als Schriftsteller*, dans les *Sitzungsberichte* de l'Académie de Berlin, 1885, p. 454.

(3) C'est ce que reconnaît Naber (*Mnemos.* 22, p. 80), bien qu'il admette l'authenticité de l'expression *civilis in factum*.

III

Il faut en effet, c'est la conclusion à laquelle j'arrive enfin, reconnaître que l'expression *civilis in factum* n'est pas classique. C'est un tribonianisme. En général on ne l'admet pas. Ceux qui ont fait en cette matière la chasse la plus active et la plus fructueuse aux interpolations, Pernice et M. Gradenwitz, n'ont pas élevé le moindre soupçon contre l'authenticité de *civilis in factum* ; cette expression est, pour M. Gradenwitz, le nom le plus correct, le vrai nom classique de l'action dénommée par les Byzantins *præscriptis verbis*, et l'opinion de ces deux maîtres n'a pas cessé d'être en faveur, à en juger par ce fait que les plus récents traités de droit romain l'adoptent sans indiquer même la possibilité d'une contradiction sur ce point (1). L'opinion contraire a pourtant été proposée. Je la rencontre pour la première fois, en 1884, brièvement énoncée par M. Ch. Appleton, dans son *Résumé d'un cours de droit Romain* (2). Elle a été soutenue depuis, en 1891 par M. Kniep (3), en 1895 par M. de Pokrowsky (4), en 1899 par M. Costa (5). Celui de tous qui lui a consacré les développements les plus étendus et l'a défendue avec le plus de force, M. de Pokrowsky, l'a rattachée à une théorie générale, très contestable, sur la distinction des actions *in jus* et des actions *in factum*, et peut être est-ce bien ce qui a nui à son succès. D'après cet auteur, ce ne serait pas assez de dire que toute action civile était *in jus*, il faudrait ajouter que toute action prétorienne était *in factum*. Cette seconde proposition paraît tout à fait inadmissible : M. Erman l'a très bien montré (6). Mais les deux parties du système ne sont pas solidaires, et si l'on doit admettre l'existence d'actions prétoriennes *in*

(1) Pernice, *Zeitsch. Sav. Sift.* 9, p. . 248 et s.; Gradenwitz, *Interpol*, p. 144-145. — Girard, *Manuel* [1], p. 786, n, 5; Cuq, *Instit. jurid.*, 2, p. 445.

(2) Appleton, *Résumé du cours de droit romain*, 2, 1884, p. 95, et n. 8.

(3) Kniep. *præscriptio und pactum*, p. 76–78.

(4) de Pokrowsky, *Die Actiones in factum des classischen Rechts*, dans la *Z. Sav. Stift.*, 16. 1895, p. 80–95; 20. 1899, p. 99-126.

(5) Costa, *Papiniano*, 4, 1899, p. 58–64.

(6) Erman, *Servus Vicarius*, dans le Recueil de la Faculté de droit de Lausanne, 1896, p. 498–509 ; *conceptio formularum, actio in factum und ipso jure consumption*, dans *Z.Sav. Stift.*, 19, 1898, p. 261-360. Voy. la réponse de Pokrowsky, *Z. Sav. St.*, 20, 1899, p. 99-126.

jus, on n'en peut pas moins contester qu'il y ait eu des actions civiles *in factum*; ou plutôt (car personne ne prétend qu'il ait existé des actions civiles dont la formule aurait été vraiment *in factum*), on n'en peut pas moins soutenir que les actions civiles, avec leur formule certainement *in jus*, n'ont en aucun cas porté à l'époque classique le nom de *civilis in factum*. Cette qualification hybride ne peut avoir qu'une origine byzantine. Les difficultés inextricables d'où nous venons de voir que l'on ne parvient pas à sortir, quand on veut expliquer une telle terminologie par les principes du droit classique, sont une très grave raison de suspecter les deux seuls textes où elle soit employée : Papinien, §§ 1–2 ; Paul, 5 § 2 D. 19–5. Voyons maintenant si ces deux textes ne portent pas en eux-mêmes la preuve de leur interpolation.

Sur le fragment de Paul, 5 § 2 *h. t.*, aucune hésitation n'est possible. Ce passage fait partie de la célèbre loi *Naturalis meus filius* où se trouve le schéma vraisemblablement inventé par les compilateurs des quatre classes de contrats innommés, *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias* : texte si certainement et si profondément remanié que, suivant le mot de M. Naber, la difficulté n'est pas de savoir si les compilateurs y ont mis du leur, mais bien s'ils y ont laissé quelque chose de Paul (1). Nous y trouvons, reproduite à la fin du § 2, la décision suivante de Julien : *sed si dedi tibi servum ut servum tuum manumitteres, et manumisisti, et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Julianus scribit, si ignorans in factum civilem.* Je vous ai donné Stichus pour que vous affranchissiez votre esclave Pamphile ; vous affranchissez Pamphile ; puis vous êtes évincé de Stichus ; quelle action avez-vous contre moi ? L'action de dol, répond Julien, si j'ai su que je n'étais pas propriétaire ; l'action *in factum civilis*, si je l'ai ignoré. Remarquons d'abord l'inélégance de la décision attribuée à Julien. Si Julien donnait vraiment dans ce cas l'action civile, c'est donc qu'il admettait l'existence d'une obligation civile, née du *negotium* intervenu entre les parties; or quelle raison aurait-il pu avoir de ne l'admettre que dans le cas où le coéchangiste s'était cru propriétaire de la chose par lui donnée? Pourquoi celui qui aurait su n'être pas propriétaire ne se serait-il pas également obligé? Pourquoi serait-ce par l'ac

(1) *Mnemos.* 22, p. 88.

tion de dol qu il faudrait le poursuivre ? (1) La réponse de Julien est au contraire parfaitement rationnelle si l'on part de cette idée qu'aucune obligation civile n'a pris naissance, et si on admet que le jurisconsulte donnait,suivant le cas,l'action *de dolo* ou l'action *in factum* : on comprend très bien, en l'absence d'obligation civile, qu'il y eût lieu à l'action de dol, à la condition bien entendu que le coéchangiste sût qu'il n'était pas propriétaire, et on comprend aussi qu'à défaut de cette condition l'action *in factum* fût donnée par le préteur, comme elle l'était dans bien des cas où l'action de dol n'était pas possible (2). Que telle ait été la pensée deJulien, nous en avons une preuve directe, irréfutable. Nous possédons en effet un autre texte où la même décision de Julien, reproduite ici par Paul, est citée par Ulpien : 7 § 2 D. 2, 14, *de pactis*. C'est exactement la même hypothèse qui est prévue dans les deux textes : *dedi tibi Stichum*, lit-on dans celui d'Ulpien, *ut Pamphilum manumitteres ; manumisisti ; evictus est Stichus*. Or Ulpien nous apprend que Julien donnait l'action *in factum*, et que Mauricien le blâma de n'avoir pas donné l'action civile, tandis que, d'après Paul, Julien aurait donné l'action *in factum.. . civilem*! Evidemment ce sont les compilateurs qui ont ajouté le mot *civilem*. Ils ont voulu de cette façon mettre Julien et Mauri-

(1) La même inconséquence peut être relevée dans un autre fragment, 15 pr, D. *eod. t.*, dont il faut reconnaître avec de Pokrowsky (*Z. Sav. St.*, 16, 1895, p. 90) que l'interpolation n'est pas douteuse.

(2) Dans le § 5 du même fragment 5 D. 19-5, nous lisons : *et necessario sequitur ut ejus fiat condemnatio quanti interest mea servum habere quem manumii*, et on rapporte parfois cette décision à l'hypothèse dans laquelle Julien est censé donner l'action *in factum civilis*, de telle sorte que, si vous avez affranchi votre esclave, Pamphile, et si vous venez à être évincé de l'esclave Stichus que je vous ai donné, l'indemnité qui vous est due devrait être déterminée,non d'après le préjudice que l'éviction vous a causée (valeur de Stichus),mais d'après l'intérêt que vous aviez à ne pas affranchir votre esclave(valeur de Pamphile).(Gradenwitz, *Interpolat.* p. 134: de Pokrowsky, *Z Sav. St.* 16, p. 82-83). Cette solution ne pourrait pas se justifier. Elle fait sans raison aucune application des principes de la *condictio ob rem dati*.Mais en réalité notre § 5 ne dit rien de semblable: car il ne vise pas l'hypothèse prévue par Julien. Il se rapporte à celle dont il est question dans le *principium* du même fragment : *manumisi Stichum ut Pamphilum manumittas*. Il y a dans ce cas particulier, une raison spéciale pour que l'indemnité qui m'est due, si vous n'affranchissez pas Pamphile, soit évaluée, bien qu'il ne s'agisse pas de la *condictio ob rem dati*, d'après l'intérêt que j'avais à ne pas affranchir Stichus: c'est qu'on ne peut parler ici de l'intérêt pécuniaire que j'aurais à ce que Pamphile soit affranchi. Voy. Accarias, *Contrats innommés* p. 234.

cien d'accord. Nous les prenons ici sur le fait. L'interpolation est flagrante. Cujas et beaucoup de nos anciens auteurs l'admettaient déjà(1). Aujourd'hui on ne la discute plus. Elle est d'ailleurs confirmée par l'interpolation non moins certaine qu'on relève dans un autre passage, le fr. 13 § 1 D. *eod. t.*, où l'opinion de Julien est encore reproduite, mais cette fois avec addition des mots *id est præscriptis verbis* : *in factum putat actionem Julianus dandam, id est præscriptis verbis*(2).

Ce premier texte écarté, il ne reste pour appuyer la prétendue expression classique *civilis in factum*, qu'un texte unique, où cette expression est à la vérité, employée deux fois : le fr. de Papinien, 1 D. 19-5 (3). Papinien commence par dire, comme nous l'avons vu, dans la première phrase du *principium*, qu'à défaut d'actions proposées dans l'Edit il est parfois possible de recourir à des actions *in factum* ; puis il annonce qu'il va donner des exemples, et il fait suivre cette déclaration, dans les §§ 1 et 2, de deux décisions (la première reproduite de Labéon), où, par un changement de terminologie très singulier, l'action donnée est dite, non pas simplement *in factum*, comme dans le *principium*, mais *civilis in factum* dans le § 1, *in factum civilis* dans le § 2. Il est incontestable que ce texte a été profondément remanié ; et ce remaniement ajoute à toutes les raisons qu'on a de mettre en doute l'authenticité des mots *civilis in factum* une raison nouvelle qui, à mon avis, démontre ici l'interpolation.

(1) Cujas, *Opera*, Naples, 1579, 1, col., 1012, D, et 5, col. 1013, C ; Duaren, *Opera*, 1579, 1, p. 49 ; Glueck, *Pandect.*, 18, p. 102 ; Wissenbach, *Emblemata Triboniani*, 1736, 3, 13. Il serait sans intérêt de rappeler les tentatives faites par les auteurs qui n'admettaient pas l'interpolation de notre texte pour le concilier avec le fr. 7 § 2, D. 2, 14. Voyez notamment Doneau, *ad tit. de præscr. verb.*, *Opera*, Macerata, 1832, X, col. 1260, 1261 : suivant Doneau, il s'agirait, dans le fr. 7 § 2, du cas ou le coéchangiste a cru qu'il était propriétaire, et c'est en ce cas seulement que Julien donnerait l'action *in factum* prétorienne (c'est-à-dire l'action de *dolo* donnée, dans le même cas, d'après le fr. 5 § 2, D. 19, 5).

(2) *Mélanges Gérardin*, p. 40-41.

(3) Nonnunquam evenit ut cessantibus judiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas quae in factum appellantur. Sed ne res exemplis egeat, paucis agam. — § 1. Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit. — § 2. Item si quis pretii explorandi gratia rem tradat, neque depositum, neque commodatum erit : sed, non exhibita fide, in factum civilis subjicitur actio.

Remarquons d'abord, avec Pernice (1), comment les compilateurs ont composé les fr. 1, 2, 3 et 4 de ce titre. Ils les ont empruntés à Papinien, à Celse, à Julien, à Ulpien, et ils les ont reliés les uns aux autres de manière à former un développement suivi, où la proposition de Papinien semble être complétée, achevée par Celse, par Julien, par Ulpien:fr. 2 *nam cum deficiant*...(2); fr.3 *in quam necesse est confugere*...(3); fr. 4 *natura enim*...(4). C'est une phrase d'introduction où tous ces jurisconsultes viennent nous présenter la même action sous le nom d'action *in factum*, d'action *civilis in factum*, d'action *præscriptis verbis*, de manière à montrer qu'il s'agit d'expressions absolument synonymes. Evidemment cette synonymie n'existe que dans le droit de Digeste, et rien ne serait plus faux que d'en conclure que, dans la pensée de leurs auteurs, les décisions ainsi groupées procédaient toutes d'une même doctrine.

Considérons maintenant le fr. 1 dans ses diverses parties : c'est un peu de la même manière qu'il semble avoir été composé. La phrase du *principium* et les décisions qui y sont ensuite rattachées, dans les §§ 1–2, sont deux morceaux distincts, qui ne devaient pas être unis dans le texte original,du moins comme il le sont au Digeste, mais que les compilateurs ont juxtaposés, soudés l'un à l'autre,pour faire suivre de quelques exemples la proposition générale empruntée à Papinien. Ce qui prouve bien qu'il s'agit d'un assemblage factice, c'est d'abord la courte phrase, *ne res exemplis egeat paucis agam*, phrase d'école,*Lehrbuch satz* disait Pernice,(5) qui ne peut être de Papinien, mais que les compilateurs ont introduite comme transition entre les deux passages qu'ils voulaient lier l'un à l'autre. C'est en en outre le défaut d'accord entre la phrase du début, où il est parlé d'actions *in factum*, et les deux décisions suivantes où l'action prend le nom de *civilis in factum* : examinons-les l'une et l'autre

La première est empruntée à Labéon. Ce jurisconsulte donnait certainement l'action civile. Il s'agit d'un de ces cas où il n'est pas

(1) A. Pernice, *Z. Sav. Stift.*, 9, p. 253-254.

(2) Nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, præscriptis verbis agendum est.

(3) In quam necesse est confugere, quoties contractus existunt, quorum appellationes nullæ jure civili proditæ sunt.

(4) Natura enim rerum conditum est ut plura sint negotia quam vocabula.

(5) *Z. Sav. Stift.*, 9, p. 253.

douteux que les parties aient conclu un contrat nommé, mais où on hésite sur le nom du contrat et par conséquent sur l'action à exercer. Un propriétaire de marchandises convient avec le propriétaire d'un navire que celui-ci effectuera le transport des marchandises dans tel endroit déterminé : faut-il le considérer comme ayant pris le nanavire à bail, de sorte qu'il serait un *conductor rei*, et pourrait intenter l'action *conducti ?* ou bien doit-on dire qu'il a donné à bail un transport à effectuer, qu'il est par conséquent un *locator operis faciendi*, et que l'action qui lui appartient est l'action *locati ?* Dans le doute, qu'on lui donne, dit notre texte, l'action *civilis in factum*. C'est, on le sait, pour des hypothèses de ce genre que l'action *præscriptis verbis* a été d'abord créée, et il n'est pas douteux que Labéon l'ait admise (1). C'est donc bien l'action civile que donnait ici Labéon. Mais il est doublement étrange qu'une telle action soit citée comme exemple d'action *in factum*, et qu'elle soit qualifiée d'action *civilis in factum*. D'abord ce n'est pas Papinien qui a pu la présenter comme une action *in factum*. Une telle confusion n'a pu être commise que par les compilateurs ; de leur part elle s'explique très bien, puisqu'ils la faisaient volontairement. Deux hypothèses sont possibles. Ou bien la décision de Labéon n'était pas citée par Papinien, et les compilateurs l'ont intercalée dans le texte. Ou bien elle s'y trouvait, mais alors Papinien ne manquait pas d'indiquer, en des termes que nous ignorons, la différence de l'action civile et de l'action *in factum*, et les compilateurs ont supprimé la distinction pour assimiler complètement les deux actions. Quant à l'expression *civilis in factum*, il n'est pas possible qu'elle ait été employée par Labéon pour désigner l'action civile. Rien de plus inadmissible, pour l'époque de Labéon comme pour celle de Papinien, que cette terminologie contradictoire, dont on ne pourrait d'ailleurs citer aucun autre exemple authentique, puisque le seul texte où elle se rencontre, en dehors de notre fragment, est, comme on l'a vu, certainement interpolé. Il ne reste donc qu'une supposition possible : c'est que Labéon parlait simplement de l'action civile, et que les compilateurs ont ajouté *in factum* pour bien montrer

(1) Pernice, *Z. Sav. St.*, 9. p. 256-257. Voyez notamment Ulpien 19, pr., 20 pr. D. 19, 5. *de pr. verb.* (citations de Labéon).

que l'action donnée par Labéon était identique à celle dont venait de parler Papinien (1).

Pour ce qui concerne le § 2 ,on est obligé, par une autre raison, de faire une semblable conjecture. Nous lisons dans ce § 2 que, « si quelqu'un livre une chose à une autre personne pour que celle-ci en examine la valeur, il n'y a ni dépôt ni commodat, mais que l'action *in factum civilis* pourra être exercée ». Cette décision a certainement été empruntée au livre 8 des *Quæstiones* de Papinien, car d'autres passages, tirés du même livre 8, et se rapportant exactement à la même hypothèse, nous ont été conservés, notamment dans le fr. 17 § 2, D. 19, 5 (2). La question qui nous intéresse est de savoir quelle action Papinien donnait en ce cas.

Pour l'élucider, il faut nous reporter à ce fr. 17 § 2 où la réponse du jurisconsulte, citée par Ulpien, est formulée en ces termes : *si rem tibi inspiciendam dedi et dicas te perdidisse, ita demum mihi præscriptis verbis actio competit si ignorem ubi sit ; nam si mihi liqueat apud te esse, furti agere possum, vel condicere, vel ad exhibendum agere.* J'aurai l'action *præscriptis verbis* contre celui à qui j'ai remis l'objet, mais à la condition que je ne sache pas où cet objet se trouve : car s'il est chez moi, et que j'en aie la certitude, je pourrai intenter contre vous l'action *furti*, ou la *condictio*, ou l'action ad *exhibendum*. On a depuis longtemps remarqué ce qu'il y a d'antijuridique dans cette décision (3), et le passage est de ceux dont M. Gradenwitz a démontré l'interpolation (4) ; on ne conçoit pas que l'exercice d'une action contractuelle, d'une

(1) C'est ainsi que l'interpolation de notre § 1 est comprise par Kniep, *præscriptio und pactum*, p. 77; et cette opinion, conforme à l'idée qu'on s'est toujours faite de la doctrine admise par Labéon dans cette hypothèse,me paraît bien préférable à celle de Costa (*Papiniano* 4, p. 60), lequel suppose au contraire que l'action ici donnée par Labéon était l'action *in factum*.

(2) Lenel, *Palingen*,. Papin, 151-153.

(3) Accarias, *Contrats innommés*, p.92-94. p 284. Accarias reconnaît qu'on ne peut expliquer ni la distinction faite par Papinien, « véritable exagération, dit-il, du caractère subsidiaire de l'action *præscriptis verbis* », ni le fait que cette distinction, maintenue au Digeste dans le fr. 17 § 2, 19, 5, a été au contraire supprimée dans le fr. 1 § 2 *eod. t.* «Il y a là, dit-il, une véritable incohérence. »

(4) Gradenwitz, *Interpolationen*, p. 136–137. D'après M. Gradenwitz, la phrase entière depuis *si rem tibi inspiciendam* jusqu'à *vel ad exhibendum agere* appartient à Tribonien.

action fondée sur l'existence d'une obligation civile telle que l'action *præscriptis verbis*, ait pu être subordonné par Papinien à cette condition qu'au moment où l'intéressé veut agir, il ignore où se trouve l'objet réclamé. Du moment que l'obligation a pris naissance, comment l'action ne serait-elle pas possible dans tous les cas ? La distinction faite par le texte ne serait intelligible que s'il s'agissait d'une action *in factum*, concédée subsidiairement par le préteur, pour le cas où l'intéressé n'aurait pas la possibilité d'agir autrement. Ne serait-ce pas une telle action que donnait ici Papinien ? M. de Pokrowsky l'a conjecturé avec beaucoup de vraisemblance (1). Ce sont les compilateurs qui ont dû substituer à la mention de l'action *in factum* l'expression justement suspectée par Gradenwitz, *præscriptis verbis actio competit*, et peut-être l'ont-ils fait simplement pour donner, en la forme, plus d'unité au fr. 17, où l'expression *præscriptis verbis* est en effet toujours employée (voy. pr., §§ 1, 3, 5).

En tout cas, cette hypothèse éclaire notre § 2 (1 D. 19, 5), auquel il nous faut maintenant revenir. Les compilateurs n'ont pas reproduit intégralement, dans ce § 2, la décision de Papinien. Ils ont laissé de côté la distinction qu'elle contenait. Mais ce qu'il est intéressant de constater, c'est que cette décision donnait l'action *in factum*, au vrai sens du mot ; c'est qu'elle était en harmonie avec la proposition générale inscrite au *principium*, et que par conséquent elle ne pouvait pas contenir le mot *civilis*. C'est donc par les compilateurs que ce mot a été introduit. Ils venaient d'intercaler dans le texte une décision de Labéon qui donnait l'action civile, et au mot *civilis* ils avaient cru devoir ajouter *in factum* ; placés maintenant en présence d'une décision qui donnait au contraire l'action *in factum*, pouvaient-ils faire autrement que d'ajouter à *in factum* le mot *civilis* ?

On voit en somme quel était le sens des propositions qui ont formé au Digeste le fr. 1 du titre *de præscriptis verbis*, et comment elles se sont modifiées, déformées aux mains des compilateurs. La première proposition, celle du *principium*, faisait allusion à certains cas, peu nombreux sans doute dans la doctrine de Papinien, où il était possible, en matière de *negotia nova*, de recourir à une action prétorienne

(4) De Pokrowsky, *Die Actiones in factum*, *Z. Sav. Stift.*, 1895, p. 93. Dans le même sens, Costa, *Papiniano*, 4, p. 59.

in factum : les compilateurs en ont fait le principe général, suivant lequel tout contrat innommé donne lieu à une action, appelée indifféremment *civilis* ou *in factum*. Quant aux deux décisions que Papinien est censé donner comme exemples, la première, celle qui a été empruntée à Labéon, concernait l'action civile et n'avait aucun rapport avec ce qu'avait dû dire Papinien ; les compilateurs l'y ont rattachée, en donnant à l'action civile la qualification d'action *in factum*. La seconde au contraire se rapportait bien aux actions *in factum* que Papinien avait en vue ; c'était l'exemple qu'il donnait pour montrer qu'en certains cas on pouvait recourir à des actions de ce genre, et les compilateurs l'ont maintenu, mais en ayant soin de qualifier en même temps de *civilis* l'action appelée *in factum* par Papinien. C'est donc par deux interpolations différentes, et en quelque sorte inverses l'une de l'autre, qu'ils ont donné à la même action, dans nos §§ 1 et 2, le double caractère d'action *in factum* et d'action civile. De là vient sans doute la petite différence de terminologie qu'on peut relever entre ces deux paragraphes : dans le premier il y avait *actio civilis*, et les compilateurs ont ajouté *in factum* (*civilis in factum*); dans le second il y avait *in factum*, et ils ont ajouté *civilis*, tout comme dans le fr. 5 § 2 (*in factum civilis*) (1).

Ainsi peut se démontrer l'interpolation des rares textes où cette expression se rencontre, sous l'une ou l'autre de ces deux formes. La démonstration est de la dernière rigueur pour ce qui concerne le fragment de Paul. Elle a, pour ce qui est du fragment de Papinien, toute la certitude que des preuves de ce genre peuvent comporter, lorsqu'on ne possède pas un texte d'autre provenance qui établisse directement l'interpolation. Mais ce qui, dans tous les cas, complète la démonstration, ce qui la rend, à mon avis, décisive, irrésistible, c'est que l'expression *civilis in factum* ou *in factum civilis* porte en elle même la marque de son origine ; c'est qu'elle nous apparaît, pour le temps classique, comme une impossibilité, synthèse monstrueuse de deux sortes d'actions dont l'une excluait nécessairement

(1) Les auteurs à la suite desquels j'admets l'interpolation de *civilis in factum* ne l'expliquent pas ainsi. D'après Kniep, *Præscriptio und Pactum* p.77, c'est l'action civile qui était donnée dans les deux cas, et l'interpolation aurait consisté, dans le § 1 comme dans le § 2, à insérer les mots *in factum*. Suivant Costa, *Papiniano*, 4, p. 59, 60, il s'agissait dans les deux paragraphes, de l'action *in factum*, et dans l'un comme dans l'autre c'est le mot *civilis* qui aurait été ajouté.

l'autre ; c'est que cette synthèse n'a pu devenir possible que du jour où les caractères spécifiques des diverses catégories d'actions eurent disparu avec le système des formules ; c'est enfin que les commissaires de Justinien ont certainement voulu la réaliser. J'ai essayé ailleurs (1) de montrer quelle a été leur œuvre en cette matière ; comment ils ont fait des anciens noms d'actions que distinguaient les jurisconsultes autant de termes synonymes, susceptibles d'être employés indifféremment les uns pour les autres ; comment aussi ils les ont mêlés et confondus dans des noms composés que l'ancienne jurisprudence n'aurait certainement pas compris. *Civilis in factum* a sa place dans cette terminologie de décadence, à côté de *præscriptis verbis in factum* et *d'æstimatoria præscriptis verbis*.

(1) *Mélanges Gérardin*, p. 22 et s.

LES LACUNES

DE

L'HISTOIRE DU DROIT ROMAIN EN ESPAGNE

Par **Raphael ALTAMIRA**, Professeur à l'Uuiversité d'Oviedo

L'histoire juridique du peuple espagnol est, parmi les diverses branches particulières qui composent l'histoire générale de ce peuple, une de celles qui sont supposées les plus connues et qui en réalité sont parmi les plus ignorées. En dehors de quelques périodes, auxquelles nous aurons à faire allusion, la raison en est que nous manquons des deux conditions essentielles à toute construction scientifique : d'une part de textes révisés par la critique historique (c'est à dire étudiés dans leurs transformations successives ou leur variantes contemporaines, suivant les lieux); de l'autre, afin qu'on puisse en déduire légitimement quelques généralisations (1), d'un contingent suffisant de monographies sur des points concrets, destinées à permettre des rapprochements et des comparaisons. Ce n'est pas cependant que nous soyons dépourvus de littérature d'histoire du droit ; mais c'est qu'elle n'a touché d'ordinaire, qu'à des questions très réduites ou au contraire extrêmement générales. Dans ce dernier cas, elle s'est perdue dans des affirmations d'un vague excessif, dont le principal défaut consiste à donner l'illusion, aux yeux de lecteurs faciles à contenter, d'investigations suffisantes pour exclure tout travail postérieur. A cette illusion ne participent naturellement pas les rares spécialistes que nous avons aujourd'hui. Mais pour les autres, il convient de répéter constamment que, sauf sur quelques points spéciaux ou

(1) Voyez des exemples dans mon *Histoire du droit espagnol.* Cuestiones preliminares. Madrid, 1903, chap. VI.

quelques parties, notre histoire juridique exige une profonde révision pour détruire tout ce qui est sans fondement et compléter tout ce qui, commencé peut-être d'une main robuste, attend pourtant une suite d'où peuvent sortir des rectifications essentielles.

Cette œuvre de révision commence déjà à attirer quelques auteurs modernes. Mais elle exige, à mon avis, un travail préliminaire consistant à dresser l'inventaire de ce que nous savons aujourd'hui sur chaque point, en déterminant rigoureusement l'étendue de notre connaissance, et ses sources. Ainsi seulement on verra clairement et où nous en sommes et la direction qu'il y a lieu de donner aux études futures. Ce travail est assurément ingrat et de peu d'éclat ; il doit peut-être à ces qualités peu attrayantes de n'avoir pas encore été inauguré par nos historiens. Cependant, dans quelques œuvres didactiques, on commence à le faire, quoique avec la brièveté que l'état des choses impose, c'est-à-dire en essayant seulement de donner dans ses lignes générales l'état actuel de nos connaissances, réduites à leurs conclusions élémentaires. Des modèles de ce genre sont : l'*Historia del Derecho romano segun lasmás recientes investigaciones* (dans laquelle il y a naturellement beaucoup de renseignements concernant l'Espagne) et la *Historia general del Derecho español*, malheureusement incomplète, toutes deux dues à M. Eduardo de Hinojosa.

Ce qu'il faudrait dès lors aujourd'hui, c'est d'une part, suivre l'exemple précédent, en le complétant sur tous les points qu'il n'a pas embrassés ; de l'autre, spécialiser l'exposition en l'approfondissant, dans la forme qui convient aux spécialités, et qui n'est pas possible dans le manuel. C'est ce que je me propose de faire à l'égard de l'étude des éléments romains qui ont eu action sur notre histoire juridique. L'inventaire de ce qui sur ce point a été positivement vérifié, sera une excellente démonstration de la base étroite sur laquelle repose la croyance vulgaire dans l'étendue et la perfection de notre savoir historique.

Je néglige la période romaine et la période wisigothique qui, pour des raisons spéciales bien connues et que j'ai déjà exposées en une autre occasion (1), ont été très étudiées et par suite, ne conviennent pas

(1) *Das römische Recht in Spanien.* (Studien sur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts 17, Heft. Breslau, 1906, p. 39-42. En outre des livres qui y sont cités, il faut tenir

à mon but. Je néglige également, deux questions spéciales qui, relatives à des époques postérieures, ont été discutées bien des fois : les rapports du municipe dans le Moyen-Age postgothique avec le municipe romain et l'étude des éléments romains qui entrent dans la constitution du régime féodal. La première question a été élucidée par M. Hinojosa dans son étude sur le *Origen del municipio en León y Castilla* (1), où il analyse et discute d'une façon définitive la théorie connue de Herculano. La seconde appartient à la théorie générale du droit européen et a été surabondamment débattue. Ce qu'il importe de posséder relativement à la féodalité en Espagne, ce n'est pas une étude de cette espèce, mais une série de monographies, sur les caractères spécifiques de l'institution suivant les différentes régions où elle s'est implantée et une révision du problème (encore ouvert, en réalité, quoiqu'on ait trouvé déjà beaucoup de documents pour sa solution) de son existence ou de son absence dans les pays du centre ou de l'ouest de l'Espagne.

Chronologiquement le présent travail commence au VIII[e] siècle, c'est-à-dire avec l'époque appelée chez nous la Reconquête. Il comprendra l'étude conjointe de deux questions générales : la persistance du droit et de la science juridique romaine préjustinienne, dans la Péninsule Ibérique ; et la pénétration de la renaissance romaniste justinienne et de la doctrine des écoles italiennes et françaises dans notre vie juridique médievale.

I

De la première question nous ne savons rien ou à peu près rien, sauf sur ce qui se rapporte à la survivance de la *Lex romana Visigothorum*, point qui a été bien étudié, et à la faveur dont continua à jouir le livre des Etymologies de saint Isidore utilisé par les *Usatici Barchinonae*, comme l'a démontré Antoine Oliba, le jurisconsulte du XVI[e] siècle (2). Que les études juridiques aient dû

compte de celui de M. Ureña. *La legislación gótico-hispana* dans *Estudios de literatura jurídica* (Madrid. 1906).

(1) Dans *Estudios sobre la historia del Derecho español*. Madrid, 1903. La théorie de Herculano est encore maintenue par quelques écrivains espagnols en ce qui touche aux municipes catalans.

(2) A. von Wretschko, dans les Prolégomènes de la nouvelle édition du code Théo-

être très rares en Espagne avant le XIe siècle, c'est ce que paraît démontrer l'absence d'écrits et de compilations, alors qu'elles abondent, comme on le sait, en Italie et en France. Du moins, peut-on affirmer que de toutes celles que nous connaissons aujourd'hui, et qu'on a rédigées soit pour l'enseignement, soit pour la pratique juridique générale, aucune n'a été faite en Espagne. Nous ne pouvons pas en déduire qu'aucune n'y fut écrite, parce que nous ne connaissons pas les surprises que peuvent nous réserver les archives espagnoles, mais il y a lieu de penser qu'il n'y en eut pas beaucoup.

Pour ce qui touche les lois d'origine romaine, qui à travers le *Fuero Juzgo*, par influence directe de la loi romaine des Visigoths, ou par tradition coutumière, ont continué à être appliquées dans la péninsule, jusqu'à à la pénétration du Droit de Justinien, nous manquons de connaissances concrètes qui puissent nous satisfaire. On n'a pas même fait l'histoire du *Fuero Juzgo* depuis le VIIIe siècle, touchant laquelle les auteurs ne nous donnent que quelques renseignements par voie d'exemple, dirigés à prouver qu'il continua à être en vigueur dans les différents royaumes chrétiens nés de l'action de la Reconquête (1) et chez les Mozarabes. On ne s'est pas non plus préoccupé de déterminer, dans les *Fueros* municipales, les lois des conciles, les diplômes et les sentences, la partie d'origine romaine, comme on a déterminé celle d'origine germanique (2). Nos historiens du droit parlent beaucoup de l'élément romain qui imprègne notre vie juridique, mais personne ne s'est soucié jusqu'ici d'analyser les composantes de notre législation et de nos coutumes médievales, pour y démêler la partie romaine, résidu des époques antérieures à la pénétration Justinienne (3). C'est un de ces nombreux travaux qu'auront à faire les

dosien donné par Mommsen (*De usu Breviarii alariciani forensi et scolastico per Hispaniam, Italiam, Galliam*, etc.) fait remarquer des traces de la Lex romana dans deux passages des *Usatici* et dans un ms. de Ripoll du XIe siècle.

(1) En ce qui touche à son utilisation dans les Usatici Barchinonae, voyez les documents réunis dans Brocá et Amell : *Instituciones del Derecho civil catalán vigente*, tome 1, 2e éd., Barcelone, 1886, p. 17-26. Martinez-Marina, en ce qui touche à la question des conflits entre les lois du Fuero et las Partidas signale quelques cas où les jurisconsultes des XIVe et XVe siècles préfèrent celles-là à celles-ci. *Ensayo histórico legal*, p. 421, note (3e édit.).

(2) Ficker. Dans les *Mitth. des Instit. für Oesterreichische Geschichtsforschung*, 1888.

(3) Exception faite de ce qui se réfère au droit catalan.

chercheurs. Quoique les résultats à obtenir ne puissent pas être bien abondants, faute de documents, il est intéressant de les esquisser, en groupant tout ce que nous savons sur ce point, afin de sortir un peu du vague actuel et de déterminer avec précision, l'étendue des survivances romaines (1).

II

La pénétration du droit de Justinien, comme conséquence de la renaissance de son étude en Italie et en France, est une chose qu'on à étudiée avec beaucoup de détails, quoique pas aussi complètement qu'on pourrait le désirer. L'histoire de cette pénétration soulève deux questions : celle qui a trait à la science juridique et celle qui se réfère à l'entrée dans le droit positif (en y joignant, même les coutumes) des lois et des principes romains. La première est celle qui compte aujourd'hui le plus grand nombre de notices et l'une comme l'autre ont été étudiées surtout sous leur aspect externe.

1. La pénétration dans la science juridique est attestée par deux groupes de documents : 1° Ceux qui émanent de jurisconsultes espagnols (civilistes et canonistes) étudiants dans les écoles italiennes et françaises, ou professeurs, tous auteurs d'œuvres qui témoignent de l'influence soit des livres de Justinien soit des doctrines des glossateurs où des interprètes.— 2° Notices concernant l'existence des textes de Justinien, originaux ou traductions, complètes ou abrégées, existant dans les bibliothèques espagnoles.

1° Pour ce qui touche au premier groupe, nous connaissons les noms, parfois le titre ou le contenu de quelques-unes des œuvres de divers jurisconsultes espagnols du XII^e^ au XV^e^ siècle, pour la plupart étudiants ou professeurs à Bologne. Les notices de ce

(1) Brocá et Amell disent par exemple : « Les Institutions romaines se sont perpétuées en Catalogne et par la coutume populaire et par les notaires.» Ils citent à l'appui de cette affirmation la généralisation de Savigny touchant à l'influence des notaires sur la conservation des traditions romaines et une loi catalane de 1337. Cette loi est de date trop récente pour qu'elle puisse se rapporter à la question dont je viens de parler. Quant à l'utilisation des Exceptiones legum romanarum dans les Usatici, on sait qu'elle est établie par Ficker. Durán y Bas. *Memoria acerca de las Instituciones de Derecho civil de Cataluña* (1883), des réminiscences romaines dans les Usatici, de même que Brocá et Amell, p. LXXIX et suiv.

genre ont été réunies, en ce qui touche à la Castille par Martinez Marina (1), par Gomez de la Serna (2),— en ce qui touche à l'Aragon et à la Catalogne par Savigny, Savall y Penen (3), Vives y Cebrià (4) et autres,—en ce qui touche à la Navarre par Yanguas (5). Elles ont été complétées depuis par Schulte (6), Torreànaz (7), Menendez y Pelayo (8), Hinojosa (9), Brocá et Amell (10), de Diego (11), Ureña (12), et autres. Mais le plus souvent ces études ne contiennent que des noms de personnes, des titres de traités dont nous ne connaissons pas le texte, ou bien dont le texte, au cas où il est connu, est inédit, où on se borne à signaler leur caractère romaniste plus ou moins accentué, sans pénétrer dans leur analyse. On a fait encore moins de recherches sur les relations qui existent entre tous ces traités dans le but de signaler des directions, des tendances, des écoles s'il y en a.

(1) *Ensayo historicocritico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de Leon y Castilla.* 1808.

(2) Prôlogue à l'édition des *Siete Partidas*, dit vulgairement *de la Publicidad.* Madrid, 1848.

(3) Dans son édition de *Fueros, observancias y actos de Cortes del reino de Aragón* Zaragoza, 1866.

(4) *Traducción en castellano des los Usajes y demás derechos de Cataluña.* Barcelona, 1832-35. La 2e édition est de 1861-1867.

(5) *Diccionario de antiguedades del reino de Navarra.* Pamplona, 1840.

(6) *Die Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts.* Stuttgart, 1875-1880.

(7) *Los Consejos del Rey durante la Edad Media*, tome I. Madrid, 1884.

(8) *Inventario bibliográfico de la ciencia española*, dans le tome III de la Ciencia española. Madrid.

(9) *Historia del Derecho romano*, dans lequel l'auteur résume les œuvres de Schulte et autres, et utilise les données des auteurs antérieurs à la composition de son livre (1885) en y ajoutant quelques recherches personnelles.

(10) *Op. cit.*

(11) *Introducción al estudio de las instituciones del Derecho romano.* Madrid, 1900. C'est, en substance une répétition, en ce qui touche à l'Espagne, des données de Hinojosa, avec de légères augmentations tirées des œuvres déjà citées et de celle de M. Torres Campos *Nociones de bibliografia y literatura juridicas de España* (Madrid 1884) en ce qui touche aux jurisconsultes des XVe, XVIe et XVIIe siècles et quelques recherches personnelles, comme celles relatives aux jurisconsultes de Galice au Moyen Age, qui ne donnent que des résultats négatifs, p. 408, note.

(12) *Observaciones acerca del desenvolvimiento de los estudios de Historia del Derecho español.* (Discours pour l'inauguration du cours de l'année 1906-1907) Madrid 1906,

Rien de cela qu'on a fait bien souvent pour les textes juridiques italiens et français n'a été entrepris (il faut le répéter relativement aux textes espagnols, dans la mesure où la minime abondance des renseignements le permet.

Relativement aux jurisconsultes du temps d'Alfonse X, qui sont les plus célèbres et les plus cités, nous ne possédons aucune étude fondamentale, sauf en ce qui touche à *magister Jácome* ou *Jacobo Ruiz*, dont les sources de la *Suma* ou *Flores de las leyes* ont été déterminées par Floranez (1). De magister *Ferràn* ou *Fernando Martinez*, ni Martinez-Marina, ni Gomez de la Serna ni les historiens de date postérieure, n'ont fourni autre chose que le titre des œuvres qui lui sont attribuées, quelques-unes douteuses, toutes inédites, mais faciles à lire dans les manuscrits. M. de Ureña en annonce la publication, ainsi que celle des autres œuvres de Jácome Ruiz, et il est à croire que ce sera une étude telle que la réclame l'importance des manifestations scientifiques du XIII^e^ siècle. Relativement à d'autres textes, anonymes pour la plupart, qui existent dans la Bibliothèque de l'Escurial et dans celle de l'Université de Madrid, nous n'avons rien de plus que la notice bibliographique donnée par M. Villaamil y Castro (2). Les textes attendent ceux qui voudront les étudier, les publier et reconstituer la série. La même chose se passe pour les gloses et commentaires qui se trouvent dans divers manuscrits du *Fuero Real*, du *Fuero Juzgo*, de las *Partidas* que nous a révélés Martinez-Marina (3), sans les détailler. La récente impression de l'original de *lo Codi*, de sa traduction latine, l'annonce de la version castillane (4) contribuent à combler en partie les lacunes, à fournir des exemples pour le genre d'études que nécessite cette partie de notre histoire juridique.

2° Les collections de textes de Justinien, fréquentes dans les bibliothèques du M. A. ont été indiquées par Hinojosa (apud Villaamil.

(1) Prologue et notes à l'édition de *las Flores* publiée par l'*Academia de la Historia*. Madrid, 1851.

(2) *Reseña de algunos códices jurídicos de la Biblioteca del Escorial*. Madrid, 1882. *Catálogo de los manuscritos existentes en la Biblioteca del Noviciado de la Universidad central*. Parte I^e^, códices. Madrid, 1878.

(3) Dans l'*Ensayo histórico-crítico*, p. 429, 3^e^ édit.

(4) Ureña. *Op. cit.*, p. 144. L'édition est à consulter sur les deux mss. qui appartiennent tous deux au XIV^e^. Cf. Suchier. *Die Handschriften der Castilianischen Uebersetzung des Codi*. Halle, 1900.

Los codices de las iglesias de Galicia en la Edad Media. Madrid 1872) et par Balari dans ses *Origenes históricos de Cataluña* (1), pour ce qui touche au XII^e^ siècle et au commencement du XIII^e^ siècle. A ces renseignements, il n'y a pas lieu de réclamer, comme cela se comprend, plus de développements que nous n'en possédons. La seule chose qui convienne ici est de ramasser le plus grand nombre possible de documents.

Quant à l'étude du droit romain dans nos Universités, nous possédons les notices fondamentales pour en faire l'histoire, fournies principalement par *Martinez Marina* (livre X de l'Ensayo) et *Hinojosa*. Ils comblent les lacunes de l'ouvrage classique de Savigny.

2. Venons-en à l'entrée du droit romain dans les coutumes, la jurisprudence et la législation. En ce qui touche à la Castille, la question tourne comme on le sait, autour de la rédaction des œuvres juridiques attribuées à Alphonse X, particulièrement de la composition de *las Partidas*, de leur application avant, et après de leur reconnaissance comme droit supplétoire en 1348. *Martinez Marina* a été l'initiateur de ces études. Dans son œuvre, on trouve d'abord l'analyse des innovations juridiques qu'introduisit ce code dans le droit indigène (livres VIII et IX), puis des éléments romanistes qu'il comprend (bien que ce ne soit pas avec tous les détails qu'on pourrait désirer ni avec la référence concrète et continue aux sources). Un peu plus a été fait par *Gómez de la Serna*, mais cependant sans préciser assez, se contentant ordinairement de dire en général que telle ou telle doctrine a été empruntée au droit romain ou calquée sur lui (2). Il est certain que cette étude, qui manque dans les auteurs cités, peut se rencontrer en quelque manière chez les commentateurs de *las Partidas* et chez quelques civilistes modernes qui ont exposé l'histoire du droit privé (3). Mais il n'est pas moins certain qu'il en manque une systématisation convenable, incorporée à l'his-

(1) Barcelona, 1899, p. 470-72.

(2) Voyez par exemple ce qu'il dit des titres relatifs à la propriété et des modes d'acquérir (Partida III). Parfois il donne des références complètes, par exemple sur la *Patria potestas*, p. XXXII, mais c'est l'exception.

(3) Voyez Gutierrez. *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho español*, 1^re^ édit., 1862-63. Il sera bon d'avertir qu'à cela se rapportent les annotations marginales de quelques manuscrits de *las Partidas* qu'a vus et indiqués Martinez-Marina, liv. X, paragraphe 32.

toire de ce Code et dans laquelle tout en précisant les lois d'origine romaine que *las Partidas* comprend, en déterminant à leur sujet la fidélité avec laquelle il a suivi son modèle romain ou l'a modifié, en comparant avec cette portion romaine du Code les lois qui ont maintenu le droit indigène, on obtiendra le cadre exact et détaillé de l'influence romaniste dans les *Partidas* et l'étendue de la transaction qui tend à se faire alors entre les divers systèmes juridiques en vigueur en Castille. Pour combler cette lacune, nos historiens généraux du droit ne sont d'aucun secours (1). Loin de traiter spécialement de la question historique que soulève le *Code d'Alphonse X*, ils se sont contentés de résumer ce que disent *Martinez-Marina* et les civilistes.

On ne sait rien de plus précis sur l'application pratique de *las Partidas* devant les tribunaux, puisqu'elles n'ont pas été promulguées depuis que l'œuvre a été terminée jusqu'en 1348. De la diffusion du texte en Espagne et en Portugal, nous avons des preuves suffisantes, dont une partie se trouve déjà dans *Martinez-Marina* (liv. X et XI) et dont d'autres ont été récemment mises à jour par la découverte de codes nouveaux et de traductions en catalan et en portugais. En ce qui touche à l'influence des légistes devant les tribunaux et le Conseil du Roi, nous possédons des témoignages accrus récemment par les études du *comte de Torreànaz* qui nous prouvent d'une manière indirecte la pénétration du romanisme dans tout les cas dans lesquels pouvait se faire sentir l'influence de l'éducation juridique des légistes. Mais quant à l'application effective de *las Partidas* dans les arrêts des Tribunaux, dans les décisions du Conseil et dans les autres monuments du droit positif, il y a encore grande pénurie de renseignements dans les documents que nous possédons. *Martinez Marina* a réuni tous ceux qui sont connus aujourd'hui, consistant en pétitions, passages des actes des *Cortès* antérieurs à 1348 (quelques-uns d'interprétation douteuse); en une loi del *Estilo* (discutable aussi quant à la force

(1) La lacune est plus grande que nulle part ailleurs dans la *Historia de la Legislacion y recitaciones del Derecho civil de España*, de MM. Marichalar y Manrique, bien que ce soit l'œuvre la plus volumineuse du genre. On tâcherait en vain d'y trouver (voyez le tome III) une étude, pas même une appréciation claire du problème de la pénétration romaniste ni les notices bien connues sur les écoles italiennes et leur influence chez nous Le tome III porte la date de 1861.

légale de la compilation à laquelle elle appartient, très douteuse aujourd'hui) ; en trois lois de l'*Ordenamiento de Alcalá*, et dans la question politique soulevée en Castille, à l'occasion de la succession à la couronne, entre les héritiers du premier fils d'Alphonse X, et le second, Sancho. Comme on le voit, c'est bien peu de chose. Pour acquérir des idées plus précises sur la pénétration du romanisme dans les *Partidas* avant 1348, il serait nécessaire d'étudier : la jurisprudence des cent ans approximativement qui se sont écoulés depuis la date de la publication de ce Code (dont il n'est pas douteux qu'on trouvera bien des documents dans les archives) ; les collections diplomatique des rois Alphonse X, Sancho IV, Ferdinand IV, Alfonse XI, et les papiers du Conseil royal, pour en extraire toutes les données concrètes qui se rapportent à l'application de la doctrine romaniste, de préférence au droit indigène. Tant que ce travail ne sera pas accompli (quelque soit son résultat) nous ne pouvons nous tenir pour satisfaits de ce que nous savons sur cette période si intéressante de l'histoire juridique castillane.

Avec les *ordonnances d'Alcalá* s'ouvre une nouvelle période dans laquelle se présentent deux questions : d'abord celle de la réalité de la réception de *las Partidas* comme droit supplétoire en 1348, avec la réforme supposée de leur texte et la modification positive de quelques unes de leurs lois dans la même ordonnance (points qu'ont étudiés suffisamment *Martinez-Marina* et *Gómez de la Serna*) ; puis celle de l'application effective du Code d'Alphonse X, soit comme loi strictement supplétoire, soit comme règle supérieure et dérogatoire aux lois indigènes, qui, d'après la teneur de la loi première tit. 28 des ordonnances, devaient pourtant obtenir la priorité sur *las Partidas*. C'est au fond la question de la non application de la règle des ordonnances au moment où se produisait la vigoureuse pénétration du romanisme de *las Partidas*, par l'effet de l'éducation des légistes. Sur ce second point nous possédons des preuves qui, pour n'être pas très abondantes, excèdent cependant en nombre celles qui correspondent à la période antérieure. En négligeant les confirmations des ordonnances, faites par les rois postérieurs à Alphonse XI, nous devons fixer notre attention sur les cas d'application de *las Partidas* et de la doctrine romaniste en général. Les faits cités par Martinez-Marina à ce sujet, sont les uns des preuves directes, les autres des preuves indirectes.

Voici les premiers : *Pétition* 12 *des Cortès de Soria de* 1380 (1), qui, concédée par le roi, établit l'application des lois de la Part. VII au cas allégué.

Lois 4e et 6e de l'*ordonnance de Briviesca* (1389) qui appliquent aux blasphémateurs, devins, augures, sorciers, les peines établies dans la Partida et titre correspondants ;

Serment de la cité de Burgos relatif à l'héritier de la couronne à qui on fait l'hommage « commandé par les lois du royaume et de *las Partidas* (2) » (document du 6 janvier 1402).

Serment demandé aux tuteurs de *Juan II*, pendant sa minorité, selon la Partida.

Pragmatique sur les citations en justice, donnée par *Juan II* (1419), dans laquelle il prescrit la soumission « à mes lois des *Partidas* et des *Fueros* et *ordonnances* de mes royaumes. »

R. C. de 1427 confirmatoire d'une loi des *Partidas*, relative à la marche de la procédure en justice, que déjà l'ordonnance d'Alcalá avait acceptée.

Martinez-Marina ne consigne pas d'autres témoignages directs et concrets et on peut dire que ces preuves sont peu de chose. Particularité digne d'être notée, aucune d'elles n'appartient au droit privé où pourtant étaient si importantes les innovations romanistes. Mais, comme de quelques unes des preuves indirectes apportées par *Martinez-Marina* il est permis de supposer que l'application par préférence des *Partidas* était admise aussi bien dans les questions de droit civil qu'ailleurs, il est logique de conclure qu'il n'y aurait qu'à chercher dans la jurisprudence civile des XIVe et XVe siècles, les témoignages directs que *Martinez-Marina* ne fournit pas.

Les preuves indirectes sont variées, de valeur diverse, comme on en jugera : *Dictámen de l'archevêque don Pedro Tenorio*, concernant le gouvernement de la minorité du roi, transmis par la chronique de Henri III — un passage du livre de Fr. *Alonso de la Espina*, Portalitium fidei (1458-60) qui dit, se référant à Alphonse X :

(1) La pétition alléguée est la 13e du texte publié par l'*Académie d'Histoire* (Cortes de los antiguos reinos de Leon y Castilla, tome II, p. 306). Elle se réfère aux lois du titre X, Partida VII, qui traitent des forces et violences que commettent les hommes les uns contre les autres.

(2) Il ne faut pas perdre de vue que certaines de ces *lois des Partidas* peuvent bien ne pas procéder d'une filiation romaniste.

« et fecit librum qui dicitur Partidas, unde regitur regnum Castellae», — une *loi de Juan II* (*pragmática de Toro de* 1427) contenue dans l'*ordonnance de Montalvo* (liv. 1, tit. 4, 6e p.) dans laquelle « pour donner une fin rapide aux plaids et contestations qui se présentent devant les tribunaux » le roi interdit aux avocats, sous peine de privation de leur office, d'alléguer devant les tribunaux « les opinions, déterminations, ni décisions, droits, autorité, ou jugement de quelque docteur ou docteurs ou d'aucun autre, légiste ou canoniste en un mot de tous ceux qui se sont suivis depuis Juan et Bartole, et de tous autres qui viendront après (1) », — la loi 26 de l'*ordonnance de Briviesca* (1387) (2), — les gloses et commentaires des lettrés sur le *Fuero Juzgo*, le *Fuero Real* et les *Partidas*, dans lesquels on cite continuellement les opinions des auteurs de sommes ou commentateurs et des lois de Justinien et où « c'est miracle si on trouve quelquefois mention des ordonnances des Cortes ou *fueros* municipaux ou généraux », — quelques vers du poète Fernan Martinez de Burgos (XVe siècle) qui se lamente sur l'accumulation des opinions de Bartole, Cinus, Digeste, Jean André, Baldus, Enrique, Azo, Robert, Decrétales et Clémentines, avec lesquelles les avocats compliquent les procès et font rendre des sentences équivoques (3).

(1) Le texte de cette loi qui est contenu dans l'ordonnance (édition de la *Publicidad*, 1849) diffère de celui que donne Martinez-Marina, mais n'en modifie pas la substance.

(2) Il s'agit indubitablement de la loi 10 du troisième traité de l'*Ordenamiento de leyes hecho en las Cortes de Bribiesca*, telle qu'il a été publié par l'*Academia de la Historia* (Cortes de los antiguos reinos de Leon y de Castilla, tome II, p. 362-78, conformément au manuscrit de l'ayuntamiento de Madrid). Le sens et la portée de cette loi diffèrent assez de celle de la loi antérieurement citée (celle de Toro) en ce que elle ne prohibe pas l'allégation des Partidas ou decrétales, etc.. mais seulement son usage hors de propos ou non justifié dans le seul but d'allonger les procès. Ainsi, dit-elle à la fin : « en outre nous défendons que dans les procès ne se querellent ni les avocats, ni les procureurs, ni les parties, mais que chacun expose simplement le fait, les raisons concises. Après les plaidoiries chacune des parties, avocats, procureurs, oralement ou par écrit, avant la sentence, informe le juge de son droit en alléguant les « *leyes y decretos, y decretales, Partidas y Fueros* » qu'il jugera les plus pertinents.....» Dans un autre passage, au commencement, à propos des *posiciones*, elle confirme la vigueur de ce qu'établissent les Partidas. C'est un exemple des nouveaux documents qu'on trouverait sur ce point particulier dans les ordonnances des Cortès.

(3) N'est pas compris dans cette énumération le témoignage extrait d'une des lettres de Fernan Gomez de Cibdareal, dont l'étude a prouvé qu'elle n'est pas authentique. L'auteur vrai des vers que Martinez-Marina, en suivant l'opinion de Floranez, croyait être Fernan Martinez, fut Jean de Mena.

Il est très regrettable que *Martinez-Marina* n'ait pas jugé utile de développer un plus grand nombre de témoignages, qu'il connaissait probablement, pour confirmer l'assertion générale par lui faite : à savoir que les légistes, imbus des doctrines des lois de Justinien, du droit canonique, des glossateurs et commentateurs du droit romain, les faisaient fréquemment entendre dans les tribunaux, où « elles servaient de règle dans les jugements et d'interprétation aux lois nationales, particulièrement aux lois des *Partidas*. A ces *Partidas*, parce qu'elles étaient dérivées de ces sources, et plus accomodées à leurs préoccupations, ils donnèrent librement la principale, ou pour mieux dire l'unique autorité, tout en les maintenant toujours en relation et dépendance de Justinien et de ses interprêtes ». Les historiens qui ont succédé à *Martinez-Marina* se sont contentés de répéter cette affirmation générale et ont reproduit les preuves que cet auteur en a fournies, sans en chercher de nouvelles. Cette étude est donc à faire et c'est une nouvelle lacune dans l'histoire de la pénétration du droit romaniste sur le territoire du royaume de Castille.

Il est facile de remarquer que *Martinez-Marina*, préoccupé de son sujet principal, qui est l'étude du *Code d'Alphonse X* ne s'arrête pas à signaler l'importance de la double question que ses notices soulèvent, à savoir d'une part l'application pure et simple des lois des *Partidas* ; de l'autre la modification de ces lois ou leur soumission aux doctrines plus orthodoxes (aux yeux des romanistes) de la législation de Justinien ou des interprétations des jurisconsultes. L'étude de la jurisprudence et d'autres documents non encore employés, nous montrera, jusqu'à quel point et dans quels cas prévalut le courant romaniste que nous appelons national, et celle qui peut être qualifié d'étrangère. En ce qui touche aux époques postérieures (XVI^{e} s. et suivants), le même *Martinez-Marina* nous l'apprend, en invoquant la grande faveur qu'obtint l'édition des *Partidas* faite par *Gregorio Lopez*, avec ses gloses et commentaires « accomodés au goût des écoles » et comprenant « toutes les doctrines du droit civil, et canonique, de même que celles des auteurs de sommes et des glossateurs (1). »

(1) Liv. XI, § 24.

III

Sous le règne des Rois Catholiques, il y a de nouveaux témoignages du double progrès du romanisme. *Martinez-Marina* s'étend peu sur cette partie, se bornant à noter que l'*ordonnance de Montalvo* et diverses lois de ces monarques signalent une réaction en faveur de l'étude et de la vigueur du droit espagnol et à l'encontre de « la préférence qui ne doit être accordée à la jurisprudence étrangère et à son étude exclusive avec mépris du droit national. » On comprenait sous cette formule de droit national le Code des *Partidas*, comme on peut le voir, entre autres témoignages, par le chap. 19 de l'*Instruccion de Corregidores* de 1500 que cet auteur invoque. Quant à la pratique de la jurisprudence étrangère, il faut savoir que les Rois Catholiques eurent deux opinions opposées dans l'espace de peu d'années : dans la loi 37 des *Ordonnances* de 1499 ils autorisaient, en droit civil et au cas de doute ou de silence de la loi, l'application des opinions de *Bartole* et de *Balde ;* dans celle de 1502, exprimée dans la *loi* 1 *de Toro*, qui déroge à la loi de 1499, ils établissent que, au cas de silence de la loi, on recourra à l'autorité royale (conformément aux prescriptions de l'ordonnance de 1348). Le prestige de la science romaniste était, nonobstant, si grand que, dans cette même loi, les monarques expriment le désir qu'on étudie dans les Universités les sources du droit romain. Dans la *Pragmatique de Barcelone* on déclare même leur connaissance nécessaire pour être juge ou rapporteur au Conseil du Roi, chancelleries et audiencies. — A cela se réduit ce que nous savons aujourd'hui sur la réception de la doctrine dans cette période.

Pour la réception du droit romain dans les lois, l'*ordonnance de Toro* est d'une extraordinaire importance. Elle a été bien étudiée, à ce point de vue, par beaucoup de commentateurs. Le caractère principal de l'ordonnance, au sujet de la question qui nous intéresse, est de manifester l'entrée du romanisme dans le droit privé : nous ne connaissons à cet égard aucun témoignage concret antérieur, ou, pour mieux dire, les historiens ne nous en ont signalé ni étudié aucun.

La pragmatique qui a promulgué les *lois de Toro* (1505) a aussi de l'importance à un autre point de vue : elle nous révèle que ce n'est pas dans la législation seulement, mais encore dans la jurisprudence (c'est-à-dire dans les procès et jugements), qu'il faut chercher principalement la véritable évolution de notre vie juridique, ou au moins une de ses parties fondamentales. Cela peut suggérer aux chercheurs le chemin qu'ils doivent suivre et qu'ils n'ont pas suivi. De plus, ces lois révèlent, dans celles de leurs dispositions qui tranchent les conflits d'interprétation en faveur des solutions romanistes ou canoniques, toute la valeur d'un mouvement qui probablement excédait, par sa portée pratique, ce que la loi même voulait reconnaitre. C'est un nouveau point à étudier dans l'histoire de la pénétration romaniste.

Cette histoire, pour ce qui se réfère à l'époque suivante (XVI^e^ et XVII^e^ s.) est à peu près réduite, dans les auteurs qui s'en occupent, à l'exposition des progrès du romanisme dans la science juridique et des études qui concernent celle-ci. Ainsi en est-il dans l'Histoire de *Hinojosa* (tomes II, p. 342-51) et dans les écrivains postérieurs à elle, et qui l'ont copiée, comme aussi dans l'œuvre déjà citée de *Torres Campos*. On peut remarquer que cette exposition est purement externe (dans les auteurs cités, comme dans la majorité des biographies particulières qu'ils mentionnent ou utilisent), et ne constitue pas une véritable histoire de la science juridique espagnole, c'est-à-dire de ses doctrines, de ses écoles, de ses tendances, etc., par lesquelles seulement pourraient s'apprécier son originalité, son adaptation à certaines doctrines de jurisconsultes étrangers, les modifications introduites dans les théories romanistes sous les nécessités du droit national, etc. (1).

Quant à la pénétration dans les lois et dans la jurisprudence, pendant ces siècles, elle n'a pas été étudiée. Les matériaux s'en trou-

(1) M. Hinojosa a écrit un chapitre de cette histoire interne dans sa monographie sur l'*Influence qu'ont exercée sur le droit public national, particulièrement sur le droit pénal, les philosophes et théologiens espagnols antérieurs à notre siècle.* (Madrid, 1890). C'est la seule exception à la proposition du texte. Dans cette monographie on pourra voir, entre autres choses, la position originale de nos philosophes et théologiens juristes quant aux doctrines du césarisme romaniste.—Dans mon cours, j'ai étudié, ces trois dernières années, avec mes élèves, la doctrine sur la coutume juridique dans les Partidas et les commentateurs de ce code, question qui devrait former un chapitre de l'histoire de notre science du droit.

vent dans les commentaires et traités de l'époque, comme dans les décrets, pragmatiques, autorisations ou autres formes de la législation d'alors, mais personne n'y a porté la main dans un but historique.

La même chose se produit pour le XVIII^e siècle. On y étudie surtout la science juridique, dans l'aspect externe de son histoire. Ainsi le font *Hinojosa* et de *Diego* dans leurs œuvres citées, le second avec quelques additions bibliographiques aux renseignements de *Hinojosa*. Le professeur *F. Canella*, actuellement recteur de l'Université d'Oviedo, dans son discours sur l'enseignement du droit civil (1), dans l'exposé de la lutte entreprise en ce siècle entre les romanistes et les partisans de l'enseignement à l'Université du droit national, donne de curieux renseignements (quelques-uns nouveaux) sur ce point, mais sans entrer dans une analyse des doctrines que la forme de son discours ne comportait pas. Une seule fois, par exception, il mentionne un texte relatif au conflit entre les *Partidas* et le *Fuero Juzgo* dans la pratique des tribunaux, conformément à ce que révèle une *R. C.* du 15 juillet 1778 en matière de succession ab intestat (2). Martinez-Marina avait déjà appelé l'attention sur un décret accordé en 1713 (3), qui est un témoignage explicite de la faveur dont continuaient à jouir entre les lettrés « les doctrines des livres et auteurs étrangers » et de ce fait que les « tribunaux royaux », continuaient à accorder une plus grande autorité « aux lois civiles et canoniques » qu'aux lois, ordonnances, pragmatiques, statuts et fueros des rois. Ils savaient bien pourtant que les lois civiles (romaines) ne sont pas lois en Espagne ni ne doivent y prétendre, sauf pour les opinions des sapientes, qui seules peuvent être suivies *à défaut de loi* quand elles sont conformes au *droit naturel* qui constitue à proprement parler le droit commun, plutôt que le droit *romain* dont les lois

Parmi les monographies utiles à consulter dans un même but, est celle de Nys et d'autres auteurs relatives aux doctrines du droit international chez nos juristes du XVI^e et XVII^e siècles, ainsi que celles qui esquissent l'histoire des idées politiques, économiques, etc., à la même époque (v. la bibliographie dans mon ouvrage : Psychologie du peuple espagnol, c. III.)

(1) Université d'Oviedo. *Discurso leido en la solemne a pertura del año académico*, de 1877 à 1878. Oviedo. 1877.

(2) *Op. cit.*, note 93, p. 66-7.

(3) *Op. cit.*, p. 435-6.

pas plus que les règles étrangères ne doivent être appliquées ni conservées ». Cette *R. C.* nous renvoie donc de nouveau à l'étude de la jurisprudence, ou des œuvres doctrinales de l'époque, à laquelle devra s'ajouter celle des lois nouvellement portées par les monarques de la dynastie bourbonienne et celle des décrets accordés, pour confirmer les victoires que, nonobstant la prévention des pouvoirs publics, les *Partidas* et les doctrines romaines continuaient à remporter. Pour cette recherche, on a de précieux auxiliaires dans les manuels de droit espagnol, particulièrement de droit privé, qui ont été publiés alors, surtout à partir de la réforme universitaire qui fit entrer le Droit royal et espagnol dans le programme des études juridiques. Pour la plupart, ces manuels (*Torres Velasco*, *Asso y de Manuel*, *Maymó*, *Danvila*, les divers manuels de *Sala*, etc.), comparent le droit indigène avec le droit romain et montrent ainsi la situation que, aux différentes dates où ils ont été imprimés, ont obtenu les institutions castillanes et celles des autres régions, dans le cours de la lutte séculaire entre les diverses influences. Il est certain que le cadre qu'on peut tracer avec ces matériaux ne montre que d'une manière toute statique la pénétration du romanisme par deux courants, celui des Partidas et celui du droit de Justinien pur ou scientifique, au lieu de nous donner ce que nous désirons aujourd'hui, c'est-à-dire une narration dynamique de ce même fait (1). Mais de toutes manières il offre des données qui peuvent et doivent être utiles.

IV

Les lacunes que nous avons rencontrées dans l'histoire du romanisme dans les territoires de Léon et de Castille, se reproduisent, dans leurs lignes générales pour les autres états espagnols du Moyen-

(1) Un des auteurs mentionnés, Maymó dans son ouvrage intitulé *Progresos de la Jurisprudencia*, 3 vol., Madrid, 1767-8, étudie spécialement l'influence des lois romaines dans notre législation. Les données qu'il fournit ne sont pas abondantes. Dans le chap. XXIII (volume III), après une brève esquisse historique il affirme que les lois romaines (c'est-à-dire, celles de Justinien) n'ont pas de force obligatoire en Espagne — il veut dire en Castille— parce que « notre droit commun est celui de las Partidas et des autres lois du royaume ». Dans le chap. XXIV, tout en se prononçant contre l'enseignement exclusif du droit romain dans les Universités, il fait remarquer que grâce à

Age : Aragon, Catalogne, Navarre, Valence, Majorque et les pays Basques. Pour ne pas répéter les observations déjà présentées, je ne dirai pas séparément ce qui se rapporte à chacun, sauf pour la Catalogne, au sujet de laquelle et au milieu des lacunes communes, il y a bon nombre de monographies et de recherches partielles, qui font d'elle la région qui tient en somme le premier rang dans l'étude qui nous intéresse.

Pour les temps antérieurs à la renaissance romaniste, nous avons déjà indiqué les notices que nous possédons. Les deux livres espagnols fondamentaux pour les époques suivantes sont : celui de B. Oliver, *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia* (au tome I, Madrid 1876) et celui de *Brocà et Amell, Instituciones del Derecho civil catalan vigente* (2e édit., tome I, Barcelone 1886), déjà cité (1). Oliver traite le sujet dans deux chapitres de son ouvrage, les ch. IX et XIII. Dans le premier, après avoir rappelé en termes généraux l'influence de la renaissance romaniste en Catalogne, par l'intermédiaire surtout des écoles de Montpellier et de Toulouse (2) et la faveur que les lettrés s'étaient acquise à la cour de Jaime I (fait bien connu et qu'atteste même la chronique du roi), il en vient à déterminer les éléments romains qui se rencontrent dans la forme et le fonds du code des *Coutumes de Tortosa*. Au premier point de vue, il montre que le plan des coutumes est calqué sur celui du Code de Justinien, avec identité fréquente des rubriques des titres. Puis il compare un à un les livres de l'un et de l'autre document législatif au point de vue de leur contenu, de leur distribution. Il

celà, les légistes croient que les lois romaines sont en vigueur ici « et que c'est d'après elles que les procès doivent être jugés. » Ainsi, on voit que les avocats (*Letrados*) en font citation, très satisfaits, devant les tribunaux. » Ajoutez ce renseignement d'un jurisconsulte du XVIIIe siècle à ceux qui sont cités dans le texte.

(1) Est aussi utile (surtout dans ses notes) le livre de Vives et Cebrià, que j'ai mentionné plus haut. Quant à l'étude de Massot-Reynier sur les coutumes de Perpignan, sa valeur est bien connue. Hinojosa l'utilise dans son histoire. Aujourd'hui ce n'est pas principalement à nous, mais aux chercheurs français qu'importe cette œuvre. A citer aussi le récent Manual de derecho catalan, de M. A. Corbella (Reus, 1907) dont la partie historique est très développée.

(2) Oliver eut à traiter ce point dans ses *Estudios históricos sobre el Derecho civil en Cataluna*, Barcelone, 1867. En s'en servant, Hinojosa y a ajouté la mention de l'influence italienne à cause du nombre considérable de clercs ou séculiers de la région catalane qui avait coutume de se rendre aux écoles de droit de Bologne et autres points de l'Italie.

reproduit sur deux colonnes, pour qu'on en voie la correspondance presque constante, les rubriques des titres des deux œuvres. Quant au fond, il fait constater que les rédacteurs des coutumes ont agi avec une grande liberté, non pas en se bornant à de simples extraits du Code romain, mais en réalisant avec grande liberté une œuvre de transaction au lieu d'une simple reproduction (1). — Dans le ch. XIII il expose les doctrines romanistes renfermées dans les *coutumes de Tortosa*. Il reprend l'exposé général de l'influence des écoles françaises du Moyen-Age, en affirmant que la pénétration qui se produisit en réalité ne fut pas celle du droit de Justinien tout pur, mais celle des théories et interprétations des glossateurs. C'est par là que les opinions des « *doctores* » acquirent force de loi supplétoire en Catalogne. Il continue en décrivant brièvement la lutte qui s'établit dans le pays : d'un côté par l'orientation romaniste de Jaime I, de l'autre par l'opposition qu'elle suscita chez les nobles et l'élément militaire, ou en général chez tous ceux qui étaient intéressés au maintien des coutumes traditionnelles ou locales. Le procédé de pénétration ne fut pas, comme en Castille, la pratique illégale qui se développe d'Alphonse X jusqu'en 1348 ; ce ne fut pas la reconnaissance directe d'un Code fortement romanisé (comme celui des *Partidas* qui n'a pas de similaire en Catalogne) depuis 1348,— mais la déclaration générale que le « bon sens et l'équité » seraient la source supplétoire des lois et coutumes nationales ; ce qui pour les romanistes était équivalent au droit romain. En conséquence, dans les localités où l'opposition ne fut pas trop vive, le droit romain obtint d'occuper ouvertement la place de source du droit, avec citation expresse des lois de Justinien. Quand l'opposition fut trop grande, les jurisconsultes adoptèrent cette tactique de « vulgariser les doctrines du Digeste et du Code en leur donnant un caractère, une couleur nationale, en traduisant dans la langue du pays, avec de légères modifications, les textes impériaux ». Ainsi fut fait à Tortose, à Valence, où il faut noter que parfois, au lieu de s'inspirer des dispositions de Justinien, on rétablit *le droit romain aboli par Justinien*. D'où venait cet élément, divergent de la doctrine romaine régnante, dont l'auteur offre un bon nombre d'exem-

(1) M. Oliver, en se laissant entraîner par un jugement trop absolu de Campomanes, croit que les rédacteurs des Partidas n'ont été que des imitateurs serviles du droit romain. Nous avons vu déjà que ça n'est pas exact,

ples ? Oliver pose le problème sans le résoudre d'une manière absolue, mais il est évident qu'il voit là une filiation de la *Lex romana visigothorum*, soit par suite de sa survivance directe en Catalogne, soit par suite de sa renaissance, après l'invasion franque, dans la Marche d'Espagne.

L'auteur reconnait qu'il ne fait qu'indiquer l'étude des divergences du *Code de Tortosa* par rapport à celui de Justinien (1), question d'importance si considérable pour l'histoire du romanisme en Catalogne. On doit accorder le même intérêt à la question des divergences plus ou moins essentielles des *fueros de Valence*. L'auteur fait espérer que d'autres recherches complèteront ce travail. Depuis, personne ne l'a fait et la lacune subsiste, relative pour Tortose et absolue pour Valence (2). Il en est de même quant à l'apport de documents en nombre le plus grand possible, soit en ce qui touche aux autres lieux dans lesquels la pénétration s'est produite de la même manière — soit relativement aux pays qui correspondent à

(1) Au chap. XII de cette même œuvre, Oliver compare les codes de Tortose et de Valence entre eux et signale de nouvelles divergences, quoique de moindre importance et de forme, avec le droit romain : une dans le titre du *juramento* (de sagraments : dernier titre du livre II) et une autre dans les titres *De verborum significatione* et *De regulis juris*.

(2) On peut bien la qualifier ainsi, puisque deux uniques déviations que signale Oliver dans son chap. XII déjà mentionné (limitation du principe général d'un texte du Digeste, rubrique 85 de Valence et altérations dans les rubriques de *significatio de paraules, regles de dret*) sont de peu d'importance. Les deux derniers historiens du droit de Valence, Chabás et Danvila n'ont pas traité ce point ni même à peine celui de la correspondance fidèle des lois de Valence et du droit romain. Dans le premier, cela s'explique parce que son livre sur la genèse du droit foral de Valence (Valence, 1902) obéit à un dessein concret différent de celui auquel nous nous rattachons en ce moment. Et ainsi il ne fait que mentionner incidemment ce qui était connu ; que le code foral de Valence copie, dans la distribution des matières le Code de Justinien (l'auteur dit par erreur le Code Théodosien, p.8,24),et dans son texte il reproduit beaucoup de ses lois. Quant à Danvila,dans ses deux livres. *Estudios criticos acerca de los origenes y vicisitudes de la legislación escrita del antiguo reino de Valencia* et *Investigaciones histórico-criticas acerca de los Cortes y Parlamentos de antiguo reino de Valencia* (un seul volume de 376 pages, Madrid, 1905), bien qu'il dût aborder cette question et que dans un passage il annonce qu'effectivement il va l'étudier, il n'y a pas touché et le renseignement unique qu'il présente au sujet de cette question, c'est un cadre comparatif de la distribution des titres entre le Code de Justinien, celui de Tortose et les divers manuscrits de celui de Valence. Oliver en dit plus, quoi qu'il n'en parle qu'en passant, puisque dans la comparaison susdite entre les Coutumes de Tortose et celles de Valence (ch. XII), il mentionne diverses lois que le Code de Valence a empruntées soit au Code de Justinien, soit au Digeste.

l'autre forme de pénétration affirmée par Oliver, c'est-à-dire à ceux où s'est introduit l'usage direct du droit de Justinien comme droit positif. — A ce dernier point de vue on pourrait tirer quelque chose, mais bien peu de chose, du groupement des observations isolées qu'ont faites sur les différentes institutions, les civilistes catalans des diverses époques. Mais personne n'a encore entrepris ce travail de pure compilation, excepté Brocá et Amell, en partie et principalement en ce qui touche à Barcelone, comme on le dira plus bas (1).

En venant à son étude spéciale des *Coutumes de Tortose*, Oliver rapporte le fait de la déclaration qu'elles font du droit de Justinien comme supplétoire, et termine par un bref résumé (ch. XIV) de la fusion des éléments gothiques, romains et canoniques, dans le *Code de Tortose* et par conséquent aussi de l'influence romaine dans chacune des branches ou institutions du droit qu'il comprend. Nous avons déjà vu qu'il avait donné antérieurement à ce sujet quelques renseignements.

Brocà et Amell, après la généralisation contenue dans leur revue historique (ils ne se limitent pas comme Oliver à un seul Code), étudient l'introduction du romanisme avec plus d'ampleur. Au sujet des influences primitives du XII^e^ siècle, ils ajoutent aux documents de Oliver une constitution portée par Alfonse I, en 1192, qui déjà cite « *leyes romanas* » et une pragmatique du même roi (1210) qui accepte certaine disposition romaine en matière d'emphytéose — et aussi le fait attesté par le jurisconsulte Miguel Ferrer, que les juifs catalans « usent constamment de la législation romaine comme d'un droit propre ».

Puis ces auteurs élargissent le champ des recherches et précisent en même temps les cas de pénétration légale au XII^e^ siècle. Il n'est pas douteux d'ailleurs qu'on puisse en trouver beaucoup d'autres. Dans la période suivante (1215-1599), les auteurs étudient la réception différente du droit romain dans les *coutumes de Lérida* (comme droit supplétoire) ; dans le privilège de Bar-

(1) On trouverait aussi des éléments de ce travail dans les notes de Vives y Cebrià, Marichalar y Manrique dans le tome VII de leur ouvrage indiquent plusieurs fois l'observation de la loi romaine dans des localités déterminées ou sous certains aspects des institutions juridiques, v. p. 291 à propos des successions.

celone « *Recognoverunt proceres* » (en détail) ; dans la *législatiou sur les légitimes* de Barcelone et d'autres points où s'est introduite la coutume « selon la loi romaine », étendue aux cas dans lesquels s'appliquait auparavant la loi gothique, en vertu d'une constitution d'Alfonse III de 1333 (les auteurs ne mentionnent pas de localités de « *coutume romaine* » avant cette époque). Relativement à l'acceptation générale du droit romain comme droit commun ou supplétoire, ils la fondent sur les documents suivants : un privilège de Pedro III (1339) sur les testaments (Barcelone) ; une constitution de 1351 qui, par cela même qu'elle déroge aux lois romaines pour la tutelle, prouve que ces lois s'appliquaient ; une loi de 1363 relative aux cessions ; une autre de même année (Cortes de Monzon) relative aux successions ; une pragmatique de 1380 qui, de la même manière que la constitution de 1351, démontre la force acquise par le droit romain en général, et enfin la sanction donnée au *droit commun* (romain ou canonique) comme source légale « avec priorité sur l'équité et le bon sens », dans un chapitre des Cortes de 1409. C'est de cette manière progressive que fut implicitement abrogée la prohibition absolue du droit romain portée par Jaime I. C'est pour cela que, dans la compilation de 1588, cette loi de 1251 fut comprise dans le groupe des dispositions superflues.

Toute cette série de preuves législatives est confirmée par d'autres tirées des œuvres des jurisconsultes du XIII^e^ au XVI^e^ siècle. Les auteurs ne font qu'indiquer la question, en citant quelques textes d'Oliba, de Callis, de Monjuich et de Mieres, qui témoignent de la faveur dont jouissaient les doctrines romanistes. Mais ni ici ni dans le chapitre consacré aux jurisconsultes (notes biographiques et bibliographiques) ils ne tentent une étude interne de leurs œuvres ou même de leur situation respective relativement au droit romain. Egalement ils mentionnent, sans rien détailler, l'existence de « vraies coutumes judiciaires » et en général l'importance de la jurisprudence dans les progrès de la pénétration du romanisme, en appuyant leurs allégations sur des textes de Oliba Mieres, et Peguera, et en renvoyant à ces œuvres pour l'étude de la question. L'histoire du romanisme en Catalogne contient, dans ces deux chapitres de la science juridique et de la jurisprudence, les mêmes lacunes qu'en Castille. Si au sujet du rôle de la jurisprudence on peut supposer, d'après le témoignage de Brocâ et Amell que dans Oliba,

Mières, Peguera (probablement aussi dans d'autres jurisconsultes) on rencontre des documents importants, il faut dire que ces documents ne sont pas encore pratiquement abordables pour la science moderne (1) et sont à considérer comme s'ils étaient inédits.

Pour la période de 1599 à 1712, les auteurs ne relèvent que le seul texte de la constitution portée à cette première date qui, fixant le droit positif qu'on est tenu d'observer en Catalogne, y comprend le droit romain (*civil*), les doctrines des romanistes (*doctrines des Docteurs*) à titre supplétoire, mais après le droit canonique considéré comme plus parfait. De la réception des doctrines, les jurisconsultes de l'époque en témoignent ; ils y comprennent, en fait, non seulement les doctrines des docteurs catalans, mais aussi celles des glossateurs et commentateurs étrangers. Par leur autorité, « furent même reçues et observées en Catalogne quelques-unes des authentiques de Frédéric insérées au Code». Il faut de compléter ces indications générales avec l'étude suffisante des jurisconsulteset celle de la législation portée au XVII^{e} siècle et de la jurisprudence. Au sujet de cette dernière, les auteurs catalans de ce temps-là indiquent, d'après les mêmes Brocá et Amell, de nombreux documents.

Enfin relativement à la dernière période (1716 à 1886), ces auteurs étudient principalement la question de l'effet produit par le décret de Nueva Planta sur la valeur supplétoire du droit romain en Catalogne, question bien étudiée déjà par les écrivains de l'époque et par Oliver et Vives.

Les notices réunies par Brocà et Amell sont à compléter sur quelques points par d'autres renseignements : sur la pénétration du droit romain dans l'Ampurdàn, en particulier dans les coutumes de Peralada, d'après M. Pella y Forgas (1) ; sur l'*écriture de terç* et le droit de famille en Andorre, par les études détaillées de M. Platon (2) et par des travaux divers accidentellement dispersés dans les nombreux écrits que les jurisconsultes contemporains ont mis au jour en vue du projet de Code Civil ou de la pénétration du droit castillan en Catalogne. Tout cela réuni accroit sans doute nos

(1) Sauf pour ce que rapporte Vives et Cabriá dans ses notes déjà citées.

(1) *Historia del Ampurdàn*, p. 575-6.

(2) *La scriptura de Terç en droit catalan*. Paris, 1903. — *Le droit de famille en droit andorran*, Paris, 1903.

connaissances sur l'histoire du romanisme dans ce pays, mais ne suffit pas à combler la plus grande partie des lacunes qui y subsistent : il y faudrait de nouvelles études.

Avec bien plus grande raison en pourrait-on dire autant de l'Aragon, de la Navarre, de Valence, et des Baléares. Comme on le voit, la tâche qui incombe aux futurs historiens du droit romain en Espagne est bien étendue. Toutes ces considérations nous autorisent à dire que cette histoire est à peine commencée et que, dans sa majeure partie, elle vit de généralités ou de connaissances qui n'ont trait qu'à son aspect externe.

LE GLOSSE

DI MONTEPRANDONE E DI PESARO

AL CODICE GIUSTINIANEO

Per **Enrico BESTA**, Professore ordinario nella R. Università di Palermo

I

Tra le lacune, che restano tuttavia nello studio delle fonti e della letteratura giuridica dell' alto medioevo, il Chiappelli (1) deplorava, ancor non è molto, il difetto d'una edizione critica della glossa di Monteprandone al Codice giustinianeo : la lacuna pur troppo è irreparabile per le pessime condizioni del manoscritto profondamente smarginato e raschiato e riscritto (2), ma è forse men grave di quel che non si creda.

Che la glossa risalga al periodo preirneriano, come parecchi ritennero dietro la descrizione che del ms. fece il Crivellucci (3), pare in fatti a me, dopo un esame diretto di essa, assai contestabile : e, se la perizia del descrittore cattivò già al suo avviso pressochè tutti quelli che non poterono esercitare un controllo su questo con una ispezione *de visu*, convien ora riconoscere che si è giurato un po'troppo *in verbo magistri* (4). I dubbii affaccati dal Conrat (5) non trovarono eco : però a mostrare che il suo scetticismo non fu fuor di luogo varranno le considerazioni che qui seguono.

Ricordo anzitutto che i pochi fogli del Codice giustinianeo, a noi fortuitamente rimasti per aver servito da materiale scrittorio ad una trascrizione delle false epistole di s. Paolo a Seneca e di Seneca a Lucilio, contengono queste costituzioni (6) :

(1) Chiappelli, *Per la storia delle fonti e della letteratura giuridica del medio evo.* Roma, 1901 (estr. dalla *Riv. intern, di science sociali e discipline ausiliarie*) p. 13.

(2) Quand' anche l'uso di reagenti potesse ravvivare caratteri raschiati il taglio profondo dei margini avrebbe sempre ridotto la maggior parte delle glosse marginali in uno stato inservibile.

(3) Crivellucci, *I codici della libreria di s. Giacomo della Marca*, Pisa, 1889, p. 36 e sqq.

(4) Tra questi potrebbe noverarsi anche il Fitting *Eine bisher unbekannte Handschrift des justinianischen Codex* in *Zeits. d. Sav. Stiftung*, R. A., X. p, 139, ma l'illustre maestro si guardò bene dal dare un giudizio definitivo augurandosi un più profondo studio del ms. monteprandonese.

(5) Conrat, *Geschichte der Quellen und liter. d. röm. Rechts in Mittelalter*, Leipzig, 1891, p. 359 n.

(6) Segno fra parentesi le carte dell' attuale ms., in cui si leggono i varii frammenti del Codice.

del libro primo le c. 1.1.1— 1.1.8.10 [c. 63] ; 1.1.8.11— 1.2.2.35 [c. 55]; 1.1.8.36 — 1.2.14 [c. 70]; 1.3.5 — 1.3.6 [c. 60]; 1.3.20 — 1.3.28.1 [c. 56]; 1.3.28.1 — 1.3.32.3 [c. 64]; 1.3.32.3 — 1.4.3.3 [c. 82] ; 1.5.5 — 1.5.8.11 [c. 90] ; 1.23.2 — 1.27.1.5 [c. 59] ; 1.27.1.6 — 1.27.2.4 [c. 54] ; 1.27.2.4 — 1.27.2.17 [c. 53] ; 1.27.2.17 — 1.30.3 [c. 58]; 1.30.4 — 1.32.2 [c. 57] ; 1.32.3 — 1.40.10 [c. 52]; 1.40.10 — 1.49.1.2 [c. 69].

del libro secondo le c. 2.1.1— 2.3.10 [c. 34] ; 2.70.20.1 — 2.70.28.5 [c. 88];

del libro terzo le c. 3.11.1 — 3.12.9.1 [c. 81]; 3.28.29.1 — 3.28.34 [c. 84]; 3.32.14 — 3.33.13 [c. 61] ;

del libro quinto le c. 5.13.1.5 — 5.13.1.14 [c. 83] ; 5.13.1.14 — 5.14.9.4 [89] ; 5.16.22 — 5.22.1 [c. 91] ; 5.34.4 — 5.34 [c. 100] ;

del libro sesto le c. 6.35.10 — 6.36.8 [c. 66] ; 6.42.31.1 —6.43.3.10 [c. 67];

del libro settimo le c. 7.32.10 — 7.32.12 [c. 47], 7.44.2 — 7.45.16 [c. 1]; 7.52.5 — 7.57.1 [c. 85] ; 7.63.5.1 — 7.65.2 [c. 87]; 7.71.4 — 7.73.10 [c. 2] ;

del libro ottavo le c. 8.17.2 — 8.18.2 [c. 3] (1).

e osservo subito due fatti importanti ; in primo luogo che i frammenti a noi rimasti non furono attinti ad un Codice epitomato nè conservano reliquie di una *Epitome Codicis* da aggiungersi alle quattro fin qui conosciute ; in secondo luogo che, concernendo diverse parti della collezione giustinianea, non inducono necessariamente a credere che fossero tratti da manoscritti diversi, ma rendono invece probabile che fossero tolti a un manoscritto unico. Con ciò avremo di già un buon criterio per uscir discretamente di mezzo alle difficoltà che ad una precisa determinazione dell'età del codice in base a rilievi paleografici oppongono la raschiatura della pergamena e la sovrapposizione di una seconda scrittura alla originaria, la quale a pena qua e là s'intravvede e qua e là più che intravvedersi s'indovina : se infatti le carte contenenti le costituzioni summentovate derivano da un solo manoscritto, quand'anche appaia che più mani abbiano cooperato alla trascrizione, quelle di parvenza più arcaica dovranno essere avvicinate per età alle altre d'aspetto più recente poichè l'alternarsi

(1) Le n. 1-4 corrspondono alle prime quattro carte non numerate del ms. giusta la loro successione attuale.

saltuario delle scrittura esclude l'ipotesi che in tempi più vicini si sia con aggiunte completato un testo lacunoso o monco.Ma, se cosi è, superando le esitanze dei paleografi che, pel vario aspetto di alcune carte, oscillavano tra il decimo secolo e il principio del secolodecimoterzo, potremo accordarci nell'attribuirle tutte alla seconda metà del secolo decimosecondo (1).

Per tanto, dato anche che le glosse monteprandonesi sieno, in parte almeno, contemporanee al testo, non si potranno per ciò solo giudicar prebolognesi. E in realtà, se pur i pochi saggi offerti dal Crivellucci non permettevano un giudizio sicuro, anche le parti più antiche dell'apparato apposto alle costituzioni nel margine o nelle interlinee, rivelano l'influenza bolognese e non solo nelle allegazioni dei luoghi parallelima, quel che più monta, altresí nella forma, nella condotta e nel contenuto delle glosse interpretative. A c. 3 t due glosselle portano la sigla a, che potrebbe riferirsi ad Alberico. Nè mancano contatti con la glossa di Accursio : si confrontino infatti con questa le note seguenti:

alla rubr. C. 1, 4 ; superius *generaliter de clericis nunc de episcoporum audientia*; (episcopus) est enim volentibus legitimus iudex. idest (in his *?*) que pertinent ad ius id est potestatem et curam id est *sollicitudinem.*

al § 5 b. 5.13.1 v. *quantitatem* : cum est *in pecunia. Sed si fundus tantum in dote sit datus* (nec in parte desinit) esse *dotalis* donec maritus satisfiat ut D.

e al 6.7.52.6 :

.i. qualibet materia recepta *in scriptura publica* traslata gesta *apud delegatum* (2).

Il ms. monteprandonese era però certamente non solo preaccursiano, ma preazzoniano ; poche glosse di Azzone furono aggiunte da mano della prima metà del secolo decimoterzo a c. 3 t. c. 67, a c 100 e

(1) Il fatto che la pergamena, su cui furono scritte le lettere di Seneca, sia stata tolta a ms.del decimo e undecimosecolo non implica necessariamente che anche il ms.del Codice dovesse essere di tal data : se il Fitting accennò a questo fatto vi accennò certamente solo perchè esso corroborava la possibilità che esso fosse anteriore al secolo decimo secondo.

(2) Le parole in corsivo sono quelle che presenta no i piú stretti raffronti con la glossa accursiana : quelle fra parentesi indriano i miei supplementi o, col punto interrogativo, le mie correzioni congetturali.

sono importanti perché attestano che fino a questo periodo il ms. fu oggetto di studio e aiuto alla pratica; a c. 68 t. è pur aggiunta una glossa di Pillio.

L'apparato originario, che era assai ricco, avrebbe dunque potuto giovarci molto per la conoscenza della cultura giuridica della metà del secolo decimosecondo e per ciò la sua perdita è sempre lamentabile benchè ci sia di conforto il fatto che parecchie delle sue esplicazioni ricompaiono in altri manoscritti.

II

In condizioni di gran lunga migliori, benché pur esse guaste e monche da corrosioni e smarginature, si presentano le glosse del ms. oliveriano n. 26 che, giusta la bella descrizione del Patetta (1), contiene larghi frammenti de l'*Epitome aucta* trascritti alle fine del secolo undecimo o al principio del successivo e brani di un supplemento il quale, redatto verso la metà del secolo decimosecondo, si proponeva di completar quella togliendo le costituzioni che in essa mancavano da un ms. del Codice non epitomato (2). Lasciando da parte le allega-

(1) Patetta, *Di un nuovo manoscritto del Codice epitomato*, Roma, 1895 estr. de *Bullettino dell' Istituto di diritto romano* VII Secondo appunti miei invece delle c. 1. 9 8 si troverebbe ms. la 1.9.7; invece della 4.20.1 la 4.20.2; invece della 4.33.5 la 4.33.2 e mancherebbe la 6.57.6.

(2) I richiami letterali, di cui il Patetta ha svelato argutamente il significato come mezzo di riordinamento nelle costituzioni dei singoli titoli, potrebbero far credere che questo manoscritto fosse assai meno ordinato di quello che a lui non sia parso. Lacune, e non solo per la omis sione delle costituzioni greche, dovettero esservi nel tit. 1.3 dove si avevano appena 41 costituzioni di cui l'ultima porta la lettera *u*; nel tit. 1.4 dove la c. 28 porta la lettera *o*; nel tit. 1.12 dove le c. 2 e 5 portano le lettere *a* e *b*; nel tit. 1.14 dove le c. 9 e 11 portano le lettere *h* ed *i*; nel tit. 1.54 dove la c. 6 porta la lettera *e*; in l. 55 dove la c. 2 porta la lettera *a*; in 2.4 dove la c. 2 porta la lettera a; in 2.40 dove le c.2 e 5 hanno le ttere *a* e *d*; in3.31 dove la c. 12 porta la lettera *h*; in 4-2 dove le c. 5–7,10 e 12 portano rispettivamente le lettere *b, c, d, f, g, l*; in 4.5 ove la c. 5 porta la lettera *d*; in 4.13 e 4.15 ove la lettera *a* corrisponde alla c. 2; in 4.16 ove la *a* è portata dalla c. 4; in 6.23 dove la lettera *t* corrisponde alla c. 20; in 7.32 dove le c. 1.3.5 recano le lettere *a, b, d*; in 7.43 ove la serie delle lettere *c-i* corrisponde alle c. 4-10; in 7.62 dove la *k* della prima serie è portata dalla c. 11 e la *k* e *la l* della seconda serie corrispondono alle c. 36 e 37; in 8.27 ove le c. 4 e 6 hanno le lettere *d* e *e*. Parrebbe invece che qualche constituzione in più si forse inserita nel tit.2.3 dove le c.18 e 20 recano le lettere *a* e *c* della seconda serie; in 3.3 dove la c.5 porta la lettera *f*; in 3.42 dove la c. 2 porta la lettera *c*; in 4.31 dove la

zioni di luoghi paralleli (1) e le autentiche che sono sicuramente d'origine bolognese (2), le riproduco qui secondo che si leggono nei

c. 3 reca la lettera *d*; in 4.35 dove le c.4, 8, 5, 6, 7, 9 disposte in tal ordine hanno rispettivamente le lettere *d, e, f, g, h, i*; in 4.65 dove le lettere *f-p* della seconda serie sono portate dalle c. 26-35; in 4.53 dove le lettere *k, n, t, z* corrispondono alle c. 10, 11, 18, 19; in 5.5 dove le lettere *d, f, k* corrispondono alle c. 3, 5, 9; in 5.18 ove le c. 4 ha la lettera *e* ; in 5.29 ove la c. 4 ha la lettera *f*; in 6.20 dove le c. 12 e 15 hanno le lettere *n* e *q*; in 7.57 dove le c. 1-3 hanno le lettere *b, c, d*; in 8.11 dove la c. 6 ha lettera *g*; in 8.35 dove le c. 12 e 13 hanno le lettere *n* ed *o*; in 8.46 ove alle c. 18, 22, 24, 25 furono apposte le lettere *r, u, y, z*.Ma alcune di queste divergenze tra le lettere e i numeri potrebbero anche derivare da semplici spostamenti analoghi a quello già rilevato in 4.35; cosi in 4.31 dove le lettere *l* ed *n* corrispondono poi regolarmente alle c. 11 e 13 ; in 4.30 ove la c. 14 ha la letlettera *q* e la15 la lettera *o*; in 7.52 ove la c. 2 aveva la lettera *c* e la 4 la *d*: in 7.66 dove la c. 3 ha la lettera *d* e la 6 la *f*; in 8.42 dove le c. 23, 24, 27 recano i segni *x,b, y*; in 8.47 ove le lettere *f, g, h, i* erano apposte alle c. 8, 6, 7, 9. Non ben esplicato mi riesce il fatto che in 4.58 la c. 1 abbia la lettera *t*, in 6.6 la c. 4 la lettera *c*, in 7.16 la c. 1 la lettera *d*, in 7.76 la c. 3 la lettera *y*, in 8.4 la c. 1 la lettera *t* e l'altro che nuove numerazioni incomincino nel tit 1.4 con la c. 6, in l.8 con la c. 7, in 2.12 con la c. 6; in 3.28 con la c. 8, in 3.38 con la c. 11, in 4.18 con la c.12, in 4.44 e 4.50 con la c.6: la caduta di qualche rubrica o lo spostamento di qualche altra non bastano ad esplicarlo. Non e d'altronde impossibile che nell' apposizione delle lettere sia stata commessa qualche negligenza o qualche errore.

(1) Gia il Patetta, p. 222, avvertiva che sono fatte secondo il metodo bolognese: anche la scrittura le rivela d'età molto più recente del testo. Il Digesto è indicato con un D tagliato da una sbarra traversa : i richiami a luoghi precedenti sono introdotti con un s.[= supra], i richiami a luoghi successivi con un î [=infra]. Spesso non s'indica che la rubrica del titolo : qualche volta, p. es. a c. 71, si dà il numero della legge anzichè la parola iniziale. Alcune fra le indicazioni de' luoghi paralleli recano addirittura delle *solutiones contrariorum*. Cosi a c. 10 t. alla c. 2.4.6 si nota l'antinomia con la c 2.3.21 e si spiega : «[Ibi] dicit actionem nasci ex pacto ; hic... nascitur ex pacto, sed ab imperatore inducitur. A c. 14 si nota l'antitesi tra la c. 2.42.1 e la 4.42 e s'osserva : « hic iusiurandum fuit corporaliter [interpos[itum] : ibi non ». A. c. 11 t. si rileva la contrarietà tra la c. 2.13.21 e la c. 5.14,15 e si dichiara : «hic loquitur de rebus quae apud se habet ibi de rebus quas in dote vel loco parafernarum dedit ». A c. 16 alla c 3. 1. 14 fu apposta la seguente soluzione. « S[upra] c[ontra]. S[olvitur]. Hic propter cause difidentiam, advocati enim deseruerant quare non licet spreto liigatore alios querere : ibi bonam causam habebat sed alium patronum males.... », E. ve n'ha anche qualche altra.

(2) Noto che in esso le autentiche sono preceduto dalle sigle C. N. = *constitutio nova*. Dai miei appunti risulta che nei primi due fogli sono contenute le autentiche che portano i n. 9, 30, 31, XXIX, XXXII, XXXVII, XL nella raccolta del Palmieri, *Authenticarum collectio antiqua ex cod. ms. cassinensi* XX. 313 *cum extravagantibus ex codicibus manuscriptis monacensi* 22, *berolinensibus* 275,409, *parisiensibus* 4528, 4527 in *Bibli. iur. med. aevi.*, vol.II, p. 69 e sgg.

margini e nelle interlinee di esse avvertendo che le gl. 54, 55, 59, 60, 66, 67, 84, 85, 89, 94 derivano dal supplemento e le altre sono tutte apposte alla *Epitome* (1).

(1) C. 1.3.8 v. *actio* : i. accusatio.
(2) C. 1.3.33 v. *semissem* : i. medietatem unius aurei.
(3) C. 1.3.56 v. *legitime* : s. erogavit causa infirmitatis.
(4) v. *gnaviter* : i. firmiter.
(5) 1.4.4. v. *habitu* : i. vestibus earum.
(6) 1.4.6. v. *vindicare* : i. ab his qui detinent.
(7) 14.8. v. *libellis* : i. panibus.
(8) C. 1.12.6 pr. v. *invocati* : s. nos.
(9) C. 1.12.6.9 v. *per eos* : s. executores.
(10) C. 1.13.2 v. *relaxari* : i. solemnitas.
(11) » » » v. *teste* : i. sine publica persona.
(12) C. 1.14.5 v. *pactum* : quoniam praesens lex infirmat.
(13) » » » v. *prohibente* : i. perpetuo.
(14) » » » v. *quoad omnes* : s. si inter intelligentes hoc agatur : set si inter ignorantes fiat valet contractus ut venditio liberi hominis.
(15) » » » Quod ab initio non valet ex post facto convalescere potest nisi perpetuo sit prohibitum : sin autem convalescere potest.
(16) » » » quod ext..... illud fiat pro infecto habeatur.... lege proibente factum sit et hoc est unde generaliter.... fuerit factum lege proibente sive illud sit prin[cipale] sive subsecutivum quod careat effectu.... se debet si legitime factum sit.
(17) .... quod principaliter prohibitum est et habet perpetuam causam pro[hibitionis] et turpitudinem contineat, quod non est in alienatione, vel statim bonis moribus contrarium sit ut sororem ducere. Non solum illum principale debite pro in[fecto ha]betur, set et eius subsecutivum.... ponens ei quod fecerit.

(1) Le gl. 113, 114, 115, 116, 117, 118, 129, 134, 139, 147, 148 sono manifestamente varianti.

(18) sub pena proibitur id vel quod ei sequitur et est.... ad quot ob id valet.

(19) p[*recipie*]ntis est lege[*m*] ponere : positam ape[rire] : auditoris est intelligere et i[ntellecta observare].

(20) C. 1.14.9 [*Du*]plex in homme condendis legibus u.... onem dedit : primum veritas secundum.... ved tio. Omnis enim lex aut ignoran.... veat aut coibet et primum ergo te[neris]. intelligere secundum intellectum custodire.

(21) » » » .... bimus legib. Si que igitur illarum omnium sunt obscura declarande sunt. Si que vero videntur deviare a.... vel plus continendo... intersunt.

(22) C. 1.14.12 pr. v. *constitutis* : i. presentialiter.

(23) C. 1.14.12.4 v. *procerum* : i. iudicum.

(24) » » » v. *enigmata* : i. obscuras alegorias.

(25) 1.14.12.5 v. *explosis* : i. longe positis.

(26) » » » v. *iuris conditoribus* : i. iurisconsultis.

(27) 1.16.1 v. *statutorum* : i. senatus consultorum.

(28) 1.18.10 v. *persolverit* : s. non retenta falcidia.

(29) 1.18.13 v. *passim* : i. confuse.

(30) 1.25.1 v. *inimicis* : i. propriis.

(31) 2.1.2 v. *apud quem* : i. neuter potior.

(32) » » » v. *exhiberi* : i. edi.

(33) » » » v. *fideiubebit* : par conditio rei et actoris.

(34) 2.1.4 v. *accusare* : i. in causam deducere.

(35) v. *probationes* : i. probandi rationes.

(36) v. *neque iuris* : i. argumenta.

(37) v. *alienorum* : i. privatorum.

(38) v. *instrumentorum* : s.ad fundandam intentionem

(39) v. *fieri* : s. actori.

(40) v. *non probante* : vel presuntionem non habente.

(41) v. *nichil* : s. nullam probationem vel defensionem.

(42) 2.3.4 v. *motae* : s. expressim vel tacite.

(43) v. *permittit* : s. tacito pacto videris renuntiasse.

(44) 2.3.6 v. *leges* : s. generales.

(45) 2.3.12 v. *pacta* : eliditur actio per pactum, sed non tollitur penitus.
(46) 2.3.13 v. *ex continenti* : i. in initio contractus.
(47) v. *exceptione* : i. re nondum tradita.
(48) 2.3.18 v. *si creditores* : tacite videntur pacti quemque pro rata debere solvere.
(49) 2.3.23 v. *paciscendo* : s. nisi pater ratum habuit.
(50) 2.3.28 v. *in posterum* : i. deinceps.
(51) 2.3.29.2 v. *iudices* : compromittitur in iudicem qui non habet in eis iurisdictionem.
(52) C. 2.4.6 v. *danda est* : s. a principe (1) : non ex pacto nascitur
(53) 2.4.9 v. *non patereris* : i non agetur.
(54) Si solveris promissum consequi potueris possessionem.
(55) 2.4.12 v. *ambitiose* : an gratia.
(56) 2.4.18 v. *accusationem* : i. excepto de falso.
(57) 2.4.19 v. *tempus* : s. biennio.
(58) 2.6.3 v. *spatio* : i. biennio.
(59) v. *exceptione* : in id quod excessit modum.
(60) 2.131 v. *redemptos* : s. pretio.
(61) 2.14.1 v. *possessor* : i. suo nomine possidet.
(62) v. *exciperit* : i. usus fuerit exceptione.
(63) [Po]tentes vocat eos qui in aliqua dignitate [sunt constituti].
(64) 2.18.1 v. *iudicium* : i. familie herciscunde.
(65) v. *industrium* : alias industrem.
(66) 2.46.3.1 v. *iurisdictio* : s. aministrationis.
(67) 2.50.1 v. *exactos* : s. transactos.
(68) C. 2.58.2.3 v. *ipse* : s. reus.
(69) 3.1.15 v. *requisiti* : s. per nuntios.
(70) 3.15.1 v. *questiones* : i. accusationes.
(71) Ordinariorum est citare, pe[da] ne orum requirere.
(72) v. *commissa* : inchoata.

(1) In Accursio *a lege*: notisi la differenza.

(73) 3.22.2 v. Procurator Cesaris cognoscere potest inter privatum et fiscum : sed causa [s] libertatis et servitutis causa ingenuitatis non potest cognoscere t. e. Iamdudum (1).

(74) 3.24.1 Spectabiles episcopi , illustres ut archiepiscopi, clarissimi patriarche.

(75) 3.28.1 v. *pro haerede* : pro herede possidet qui putat se heredem esse : cum non sit pro possessore predo.

(76) 3.28.2 v. *acturum* : s. per pretorem.

(77) 3.28.5 v. *habuisset* : s. turpibus personis heredibus institutis.

(78) 3.28.12 v. *calumpniosam* : s. que irrogat infamiam.

(79) 3.28.14 v. *tenuit* : i. probare non potuit.

(80) v. *maluerit* : s. placuit non submoveri.

(81) 3.28.18 v. *pietatis* : unde .i.... catus esses.

(82) 3.28.19 v. *habebit* : i. patietur.

(83) 3.28.21 v. *sorore* : s. turpibus personis heredibus institutis.

(84) 3.28.25 v. *suspicatur* : i. aliquod sinistrum.

(85) 3.29.3.1 v. *iure* : s. rumpit t[estamentum].

(86) 3.35.4 v. *probetur* : s. testibus, sed alias non (2).

(87) 3.35.5 v. *in duplum* : s. contra infitiantem.

(88) 3.36.13 v. *peculia* : s. profectitia.

(89) 3.36.16 v. *senatusconsulto* : s. trebelliano.

(90) 3.36.17 v. *eum* : s. absentem.

(91) 3.36.20 v. *petenda est* : s. non ratam faciens venditionem

(92) v. *ab eo* : s. qui possidet.

(93) 3.36.21 v. *assignavit* : s. pater.

(94) 3.36.26 v. *senatusconsulti* : s. trebelliani.

(95) 3.44.2 v. *potest* : set cogitur tolle [re] corpus vel redimere sepulcrum D. t. a.

(96) 3.44.4 v. *profana* : non religiosa.

(97) C. 3.44.5 v. *delatio* : i. accusatio.

(98) v. *possunt* : s. coguntur ut monumentum fiat.

(1) Si cita la c. 10 dello stesso titolo.

(2) In Accursio si ammette anche la prova per iscrittura.

(99) 4.1.1 v. *subtilitatem* : vel semplicitatem.
(100) 4.5.11 v. *actorum* : s. qui gerebant negotium eius.
(101) 4.20.7 v. *eorum* : s. testium.
(102) » » » v. *sibi* : s. contra se.
(103) 4.20.18 v. *debita retulerint* : s. debita solverint.
(104) v. *deposuerint* : i. apud acta iuraverint.
(105) 4.21.13 v. *eos* : s. iudices.
(106) 4.21.17 v. *intumari* : i. si minus fuerit quingentorum aureorum.
(107) » » » § 2 v. *exactione* : s. petitione.
(108) 4.21.20 v. *in semet* : i. contra.
(109) 4.22.5 v. *in utroque* : i. contractu.
(110) 4.35.13 v. *improvisum* : i. fortuitum.
(111) 4.65.28 v. *dolum* : s. ut absit.
(112) » » » v. *custodiam* : s. ut adsit.
(113) 5.3.5 v. *celibato* : sub specie religionis.
(114) 5.6.17 v. *erogata* : alias insinuata.
(115) 5.17.11 v. *auri puta* : alias certa.
(116) 5.11.17 v. *aequitas* : alias equa.
(117) 5.27.2 v. *facultatem* : set potestatem.
(118) 5.37.22.1 v. *in dotem* : vel in donationem propter nuptias
(119) 6.3.1 v. *pretium* : s. futurarum operarum.
(120) 6.4.2 v. *commoda* : s. erunt quasi ingenui.
(121) i. non succedente is.
(122) 6.4.3 v. *natalium* : s.princeps restituit cum natalibus i. meram ingenuitatem ei concessit suo beneficio per rescriptum.
(123) 6.23.24 Ea non nocere que sunt pretermissa in testamento aut imperitia vel desidia scriptoris.
(124) 6.55.9.2 v. *de re* : s. de repletione.
(125) v. *de lite* : s. de querela inofficiosi.
(126) 6.55.12 v. *intestata* : s. cum agitur de hereditate femine.
(127) 6.62.2 v. *pater* semper enim intelligitur manumisise contracta fiducia.
(128) 7.16.13 v. *non potest* : set incidenter.
(129) 7.16.25 v. *vitium* : vel preiuditium.
(130) 7.16.42 sive ante litem sive post sufficit ei quod..... liberam matrem habuisset vel met....

(131) 7.17.1.3 v. *eius* : s. ingratitudinis.
(132) 7.17.2.1 v. *assertus* : s. qui vocabatur in servitutem.
(133) C. 7.18.1 v. *romanus* : i. si fuerit maior.
(134) 7.21.8 v. *servitutis* : alias tui.
(135) 7.26.31 v. *quaestio* : s. de liberali causa.
(136) v. *de calumpnia* : s. criminaliter.
(137) v. *iniuria* : s. civiliter.
(138) 7.29.2 v. *optinebit* : set ab extraneis posse usucapi.
(139) 7.29.4 v. *intentio* : s. veri domini.
(140) 7.40.1 v. *exceptiones* : vel prescriptiones.
(141) 8.4.7 v. *possessionem* : s. mobilem vel immobilem.
(142) 8.4.11 v. *alienam* : vel vacuam
(143) 8.13.11 v. *nominatori* : i. qui aliquem nominat ad militiam vel ad aliud munus civile.
(144) 8.13.23 v. *remissa* : i. iurisdictioni subnixum pactum.
(145) v. *ipsius* : s. creditoris.
(146) 8.13.23 v. *tueatur* : s. debitor.
(147) v. *non potest* : s. pignum remissum.
(148) 8.20.26 v. *tradat* : alias presentet.
(149) 8.27.7 v. *est* : vel sit.
(150) 9.2.1. v. *tutores* : cum non liceat alieno non prohibentur in crimine falsi subscribere, nec enim facile...

Anche le glosse della *Epitome* non derivan tutte dalla stessa mano (1) ; alcune sembrano contemporanee al testo e dovute o allo scrittore di esso o a qualcuno dei primi correttori, altre sono indubbiamente posteriori di qualche tempo. Segno fra queste le gl. 15–19, 21, 22, 51, che sembrano tradire una certa influenza bolognese e possono presentare qualche affinità con le *Questiones de iuris subtilitatibus* III, 3, 6.

A noi interessano naturalmente in special modo le piu antiche (2): e importa anzitutto fissare qual posto possano occupare nella letteratura giuridica medievale.

(1) Io non ho avuto agio di poter fare una minuta distinzione delle varie mani: l'esiguità delle glosse accresce di troppo l'incertezza d'una tale determinazione.

(2) Le glosse interpretative sono per lo più introdotte con un *i.* (=idest) o un *s.* (=scilicet) ; il *eel* o l'*alias* indicano le note critiche. Cfr. Chiappelli, *La glossa pistoiese al Codice giustinianeo* Torino 1885, p. 10.

Il Patetta ha già pensato a confrontarle con le glosse delle epitomi di Perugià, Parigi e Darmstadt e ha creduto di dover escludere ogni rapporto fra loro. Veramente un punto di contatto si ha nella gl. *invocati* al C. 12.6 e nella gl. *tempus* al C. 2.4.19 (1): ma potrebbe anche essere un incontro fortuito.

In ogni caso sono ben più evidenti i nessi che esse presentano con la letteratura c. d. bolognese: non solo le gl. 12, 17, 37, 41 ricompaiono letteralmente o quasi nell' apparato che il Pescatore pubblicò parzialmente attribuendolo ad Irnerio (2); non solo la gl. 19 si ripresenta con la sigla y in altri manoscritti di Monaco, Berlino e Parigi del periodo bolognese (3); non solo la g.103 si riscontra anche nel ms. glossato del Codice testè descritto dal Fitting (4); ma le gl. 7, 22, 41, 59, 60, 73, 77, 83, 88, 89, 97, 101, 102, 103, 105, 111, 112, 125, 141, 142, passarono poi nella compilazione accursiana, prova novella ed eloquente della continuità delle tradizioni scolastiche.

Che le glosse sieno d'origine italica mi par superfluo il dimostrarlo: la gl. 23 rivela come il glossatore sotto la voce *proceres* non intendesse i dignitarii della corte imperiale (5), nè gli appartenenti alla aristocrazia locale (6), ma i giudici con una accezione affin ea quella che la parola ebbe in alcuni documenti della Romagna (7).

Molto più difficile e incerta rimane la questione dell' età, a cui poco giova il fatto che nella gl. 95 sia citato il Digesto perchè essa figura non nell' *Epitome*, ma nel supplemento che fu aggiunto, come vedemmo, a mezzo il secolo decimosecondo. In ogni caso mi parrebbe imprudente il risalire oltre il secolo decimoprimo giacchè esse rivelano un progresso scientifico notevole in confronto della

(1) Cf. Conrat, *op. cit.*, p. 175 e 357.

(2) Pescatore, *Die Glossen des Irnerius*, Greifswald, 1888, p. 94 e p. 102.

(3) Cf. Pescatore, *Kritische Studien auf dem Gebiete der civilistischen Literatur des Mittelalters*, Greifswald, 1896, p. 191-192.

(4) Cf. Fitting, *Reste einer Handschrift der justin. Codex mit voraccursischen Glossen* in *Z. d. Sav. Stift*, XXIII, 434. Qualche nesso vi è pur fra la gl. 103 e quella di questo stesso codice: *depositiones dicta sut testium in actis redacta.*

(5) Waitz, V. G., II, 2, p. 101 e 112; Brunner, D. R. G., II, 97.

(6) Hartmann, *Untersuch ungen zur Geschichte der byz. Verwaltung*, Leipzig, 1889. p. 162; Hain, *Der doge von Venedig*, Koenigsberg, 1883, p. 95; Ciccaglione, *Istituzioni politiche e sociali dei ducati napolitani*, Napoli, 1892, p. 133

(7) Ficker, *Forschungen zur Reichs und Rechtsgeschichte Italiens.* Innsbruk, 1870, III. p. 433.

glossa pistoiese : non escludo invece che possano essere più recenti sopratutto per la pretesa degli *iudices* di sostituirsi ai *senatores* nella preparazione delle leggi che risulta dalla gl. 23.

La glossa avrebbe sempre la sua importanza sia dal punto di vista dogmatico, sia dal punto di vista storico. Basterebbe a renderla interes sante la definizione dei *potentes* data della gl. 63 e. quell' applicazione delle titolature bizantine alla gerarchia ecclesiastica che traspare dalla gl. 74.

LA "STIPULATIO"

NELLE CARTE ITALIANE DEL MEDIO EVO

Nota di **Fr. BRANDILEONE**
Professore ordinario nella R. Università di Bologna

Sulla base di un acuto e diligentissimo esame delle fonti, il Gneist, nel suo libro sui contratti formali, era riuscito a dimostrare due fatti. In primo luogo, egli avea provato che, coll' estendersi nel mondo romano dell' uso delle scritture nei negozii giuridici, la *stipulatio* in esse inserita era a poco a poco venuta perdendo le sue formali caratteristiche originarie, sottostando ad un vero processo di dissoluzione. Forma verbale per eccellenza, la *stipulatio*, messa in iscritto, si vide come condannata a vivere in un ambiente che non le era proprio, al quale dovette per necessità adattarsi. Allora soltanto avrebbe potuto conservare il più che era possibile dei suoi caratteri primitivi, quando la scrittura si fosse piegata a riprodurre fedelmente tutte le domande e le risposte scambiatesi fra le parti per i singoli accordi presi, insieme alle parole solenni da esse pronunziate. Ma siccome invece la scrittura, per sua naturale tendenza, inclinava a condensare le manifestazioni verbali delle parti contraenti e a rispecchiarne solo quel tanto che fosse strettamente indispensabile, anche per non diventare di una lunghezza eccessiva ; cosi avvenne, che non solo tralasciò di ripetere le singole domande e le singole risposte pronunziate dalle parti, restringendosi a formolare un' unica domanda ed un' unica risposta generica ; ma molte volte non si curò nemmeno di mettere in rilievo i singoli momenti essenziali della *stipulatio*, e si limitò a ricordarne uno soltanto, il quale poi era quello che dovea lasciar supporre che anche gli altri v'erano stati. E cosi nacquero le clausole stipulatorie finali, ricordate già dai giuristi classici, e inserite poi stereotipamente nelle

carte : « De qua re quibusque omnibus stipulatus est A., spopondit » B.; — De qua re quibusque omnibus stipulatione et sponsione » solemniter interposita. » E così, sopra tutto, sorse e venne accolta la finzione che, per ammettere l'esistenza della *stipulatio* in un determinato caso, potesse senz'altro bastare, che dalla relativa scrittura risultasse il ricordo di uno solo dei requisiti di essa. « Si scriptum » fuerit instrumento — diceva Paolo, *Sent.* V, 7, 2 — *promisisse* » *aliquem*, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente res- » ponsum sit. » Il ricordo della promessa, o risposta, dovea senza più far presumere l'esistenza della domanda. E se a tutto ciò si aggiungano e la cost. di Leone dell' anno 469 (*Cod.* VIII, 38 (37), 10), la quale prescrisse, non essere indispensabili *verba solemnia vel directa*, ma bastare *quaecumque verba* a far sorgere la *stipulatio*, e la cost. di Giustiniano dell' anno 531 (*Cod.* VIII, 38 (37), 14), con la quale, per soddisfare al requisito della presenza delle parti, fu dichiarata sufficiente la circostanza, che esse si fossero effettivamente trovate nel luogo, dove appariva concluso l'accordo, nel giorno in cui era stato scritto l'istrumento ; si vede, che la *stipulatio* s'era in sostanza ridotta ad un accordo qualsiasi conclusosi *inter praesentes*, e che tale presenza veniva senza più presunta, quando risultava da una scrittura e non s'era in grado di fornir la prova contraria.

Mentre però il Gneist faceva risaltare tutto ciò e, in secondo luogo, metteva anche assai bene in vista, come, non ostante un tale processo di dissoluzione subito sopra tutto dalla *stipulatio* scritta, i Romani non avessero mai cessato di considerar questa quale un' *obligatio verborum*, e non *literarum* ; egli stesso, sedotto poi dalle apparenze, soggiungeva sulla *stipulatio* scritta talune considerazioni, che, ampliate successivamente dal Brunner, sono diventate il fondamento di una costruzione oggi assai diffusa. La scrittura — diceva il Gneist a p. 256 del suo libro — prende a dirittura il posto della domanda e della risposta ; e quando anche si dimostri con cento testimonii, non avere i contraenti pronunziato e risposto nemmeno una sillaba, pur si ammette sempre una *verborum obligatio*. La scrittura quindi non è più soltanto prova dell' atto, ma l'emissione della scrittura è diventata l'atto stesso ; e perciò in documenti posteriori apparisce la frase : *contradedi cautionem*. E, dopo di essersi domandato, se in ciò non dovesse scorgersi un effettivo cambiamento

di forma, soggiungeva (pag. 257–260) : Il fingere l'osservanza della forma della *stipulatio* racchiude in sè una nuova forma. Può anche bastare l'emissione unilaterale del documento : « si (debitor) scrip- » serit se promisisse, videri omnia solemniter acta ». Il consenso del creditore sta nell' accettazione della scrittura. Da allora, invece di *stipulanti promittere*, si dice anche : *cautionem emittere, exponere in aliquem* ; e non era certo nello spirito dell' età imperiale, l'esigere pedantescamente una ripetizione verbale delle formole, quando c' era stato lo scambio della scrittura. Se dunque la *stipulatio* si perfeziona coll' emissione, da un lato, di una scrittura contenente la clausola della *stipulatio*, e coll' accettazione di essa, dall' altro lato, *inter praesentes* ; potrebbe sorgere il dubbio, se ad una simile obbligazione spetti ancora il nome di *obligatio verborum*, o non piuttosto quello di *litterarum obligatio*. I Romani però continuarono sempre a servirsi dell' antica denominazione. Lo scambio del documento contenente la *stipulatio* si sostituisce alla forma della domanda e della risposta ; e l'*unitas actus* si riduce allo scambio del documento *inter praesentes*.

Le espressioni : *cautionem emittere, exponere in aliquem*, nonchè l'altra : *cautionem contradedi*, furono evidentemente il motivo, che indusse il Gneist a sospettare, che si fosse verificato un cambiamento di forma, per cui alla domanda ed alla risposta, costituenti l'essenza originaria della *stipulatio*, si fosse sostituito il dare e il ricevere la scrittura. Ma ciò, che per il Gneist era stato un semplice sospetto, diventò per il Brunner una certezza, specialmente dopo che alle frasi testè ricordate egli ebbe avvicinato la *traditio chartae* dei papiri del Marini e dei documenti medievali.

Già prima di Giustiniano — così egli scrive a pag. 67 sg. del libro *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde* — nei documenti contenenti la *stipulatio* s'era compiuta un' evoluzione importantissima, in forza della quale la *stipulatio* s'era trasformata nell' atto della documentazione. La consegna del documento da una parte, e l'accettazione di esso dall' altra prese il luogo della solennità della domanda e della risposta. In quanto la documentazione assorbisce la *stipulatio*, assume l'aspetto di atto formale. Il requisito della presenza di entrambe le parti è trasportato dalla *stipulatio* verbale all' atto della documentazione. Indi Giustiniano, con la nota cost. 14 *Cod.* VIII, 37, *De contrah. stipul.*, eliminò l'ec-

cezione di assenza di fronte al documento, che indicava le parti come *praesentes*. L'atto della documentazione però aveva già acquistato l'efficacia obbligatoria dell' ultima *stipulatio* romana anche prima delle fictiones giustinianee ; e ciò, fra l'altro, risulta dalla clausola della *stipulatio* apposta nei documenti franco-romanzi, che non avean potuto subire l'influenza delle novità di Giustiniano.

E fin qui il Brunner non fa altro, in sostanza, che riprodurre le considerazioni del Gneist, ch' è da lui stesso citato. Ma trova poi modo di rinforzarle quando passa a discorrere della *traditio chartae*. Con questa espressione — così egli scrive a p. 86 sg. dell' opera citata — si indica in modo specifico un atto di tradizione, che non ha soltanto il significato di una consegna di fatto, ma è destinato a perfezionare da parte del tradente la conclusione del contratto, a cui la carta si riferisce. Quest'atto di tradizione è costituito dal passaggio del documento incompleto dalla mano dell' emittente in quella del destinatario. Il documento è consegnato (traditum) a costui *ad proprium*, come dice il Cartularium langobardicum. Il documento contrattuale, finchè non è traditum in questa guisa, non è una carta nel significato giuridico ; esso non ha alcuna efficacia giuridica per riguardo al contratto, del quale parla. E non vale neanche come mezzo di prova, perchè il contratto, che esso vuole attestare, non nasce giuridicamente senza la *traditio*. *Una tale formalità pare debba ritenersi sorta in conseguenza dell' assorbimento della stipulatio nell' atto della documentazione. La consegna del documento allora soltanto aveva forza obbligatoria, quando avveniva immediatamente fra i contraenti.* Non bastava che il *tabellio* o un terzo qualsiasi consegnasse il documento al destinatario, giacché l'atto della *stipulatio* escludeva per sua natura una simile rappresentanza.

Quell' evoluzione adunque, alla quale il Gneist aveva accennato dubitativamente e come ad un sospetto, sembra già diventata per il Brunner una vera certezza. In conseguenza dell' essere la *stipulatio* rimasta assorbita nell' atto della documentazione, alla domanda verbale ed alla risposta anche verbale si sarebbe sostituita la dazione e l'accettazione della carta ; e sarebbe così sorto il moderno contratto letterale, che — al dire del Brunner, op. cit. p. 65 — la giurisprudenza romana trascurò di includere sistematicamente nella sua non molto logica partizione dei contratti.

Ma non sono pochi i dubbii suscitati da questa costruzione. È poi

vero, anzi tutto, che avvenne l'affermato assorbimento della *stipulatio* nell' atto della documentazione ? E, dato pure che ciò sia avvenuto, ne dovea necessariamente seguire che l'atto della documentazione cambiasse di natura, sostituendosi nella funzione della *stipulatio* ? O non era invece anche possibile, che continuasse a rimanere quello che era stato precedentemente, ossia un semplice mezzo di prova del contratto ? Il fingere che la *stipulatio* vi era stata, anche quando in realtà non risultava dalla scrittura,o non volea dire, che era sempre la *stipulatio* che perfezionava il contratto, e non già la supposta *traditio chartae ?* E che altro, in sostanza, avean voluto dire anche le surriferite parole di Paolo (*Sent.* V, 7, 2), anteriori alle *fictiones* di Giustiniano ? E quando finalmente ogni traccia della *stipulatio* fu sparita nelle carte, e fu inoltre anche dimenticato il ricordo della *fictio* che l'aveva artificialmente mantenuta in vita, o come non dovette tutto ciò condurre ad attribuire efficacia obbligatoria al semplice consenso ?

Ma vediamo quello che risulta dai documenti. E, prima di tutto, se, come vuolsi, la *stipulatio* fosse rimasta assorbita nell' atto della documentazione, pare che ne sarebbe dovuto naturalmente seguire, che i ricordi della *stipulatio* si venissero a poco a poco attenuando nelle scritture e finissero collo sparire del tutto. Inoltre, se il momento giuridicamente importante nell' atto della documentazione, che si sarebbe sostituito alla *stipulatio*, fosse consistito nella *traditio chartae*, sembra che fra il ricordo di questa e il ricordo della *stipulatio*, racchiusi nei documenti, dovesse per necessità apparire una qualche relazione ed un qualche nesso, rivelanti l'intimo avvicinamento avvenuto fra loro. Ma, invece di tutto ciò, i ricordi della *stipulatio* nelle scritture non isparirono mai in Italia durante l'alto medio evo, e, per quanto si fossero venuti assottigliando ed attenuando, fra essi e quelli relativi alla *traditio chartae* non apparisce alcuna traccia di avvicinamento o rapporto.

Tanto nei papiri diplomatici del Marini, quanto in quelli fra i successivi documenti medievali italiani, che riproducono con maggiore o minore purezza l'antico formolario romano, la *traditio chartae* fatta dall' emittente al destinatario si trova ricordata o nel contesto del documento, o nelle sottoscrizioni, o pure in entrambi i luoghi. La menzione inserita nel contesto talora si incontra verso la metà della carta, e talora alla fine di questa, e a volte nell' uno e nell' alto luogor.

La menzione inserita nelle sottoscrizioni alcune volte si incontra così nelle sottoscrizioni dei testimonii come in quella del redattore della carta, e altre volte in questa o in quella soltanto. Nel riferirne degli esempii allargheremo per modo le citazioni, che si possano aver presenti anche i ricordi della *stipulatio* contenuti nei documenti medesimi.

Marini n. 120 (= Spangenberg n. 54), anno 572. — Il redattore della carta riferisce, che Domninus agellarius ha venduto a Deusdedit taluni stabili nel territorio di Rimini e che, dopo di averne indicati i confini e la comprensione, « eius (scil. venditoris) instru- » menta anteriores *simul cum praesenti instrumento comparatori de* » *praesenti contradidit* firmandi dominii causa ». Indi aggiunge le altre clausole concernenti il pagamento del prezzo, la missio in vacuam possessionem,la libertà dei beni alienati,la garantia in caso di evizione,la finta ritenzione dell' usufrutto sostituita alla traditio corporalis, e la facoltà data al compratore di eseguire la registrazione nei gesta municipalia. Ed in fine dichiara : « De qua re et de quibus omnibus suprascriptis *stipulatione et sponsione interposita.* »

Nè le sottoscrizioni dei testimoni nè quella dello *scriptor* contengono altri ricordi della *traditio cartae.*

Marini n. 86 (= Spangenberg n. 31), an. 553. La donatrice alla fine della scrittura dichiara : « *Quam largitatem...* Severo forensi scribendam dictavi, cui propriae manus tam ego quam... iugalis meus propter ignorantiam litterarum signa impressimus, et testibus obtuli subscribendam, *stipulationis et sponsionis robore confirmatam* vobis... actoribusque vestris coram subscribentibus *tradidi.* »

Sottoscrizione dei testimoni : « N. N. *huic donationi*, rogatus a R. eiusque iugale F., quibus me praesente relicta (l. relecta) est, et signa fecerunt, testis subscripsi, et me praesente est *tradita donatio.* »

Marini n. 89 (= Spangenberg n. 34). anno 587. — Nel testo non è affatto ricordo della *traditio chartae* ; alla fine si legge : « sub *stipulatione et sponsione* solemnitate (l. solemniter) interposita ».

Sottoscrizione dei testimoni : « (N. N.) *huic donationi...*, rogatus » ab eodem G., qui coram me subscripsit, ipsius praesentia testis » subscripsi, et *hanc donationem* ab eo praedicto M. Abbati *tradi-* » *tam vidi.* »

Marini n. 90 (= Spangenberg n. 35), dell' epoca degli Esarchi. — In fine dice il donante : « *Quam* donationis meae *paginam*... Vitali tabellioni rogatario meo scribendam dictavi, in qua subter, postquam mihi coram testibus atque ad singula relecta est..., signum crucis feci, et testibus a me rogatis optuli subscribendam, eorumque praesentia vobis actoribus.... *contradedi* ; quam si gestis municipalibus allegare maluerint, actoribus liberam tribuo et concedo ex more licentiam allegandi, *stipulatione et sponsione solemniter interposita.* »

Sottoscrizione dei testimoni : « (N. N.) *huic chartulae*... testis subscripsi..., et *hanc donationem* ab eodem praedicto Johanne... *traditam vidi.* »

Si cfr. anche : Marini nn. 91, 92, 93, 95, 121, 122, e 123.

E, per l'epoca posteriore, si ha un materiale assai abbondante e nel *Tabularium Ecclesiae s. Mariae in via Lata*, edito dallo Hartmann, e nel *Tabularium s. Mariae Novae*, edito dal Fedele nell' *Archivio della R. Società romana di storia patria*, voll. 23–26 ; dai quali farò solo qualche citazione.

Tabul. S. Mar. in via Lata, n. 1, an. 921. — I coniugi Gemuso e Leonina ricevono dall' abadessa Eudocia in Nepi, conductionis titulo, un petium de terra ad casa faciendum ; col diritto di tenerlo fino alla terza generazione, pagandone annualmente la pensione convenuta. Finita la terza generazione dei concessionarii, la terra con la miglioria dovrà tornare al monastero. « De qua re et de quibus omnibus *suprascripti iurantes dicunt utræque partes* per deum omnipotente... suprascripta omnia que uius presens placiti charta seriens testus eloquitur inviolabiliter conserbare adque adimplere *promittunt* ». Indi le parti si promettono reciprocamente una penale in caso di inosservanza degli accordi presi ; e poi si aggiunge : « *As autem duas uniforme charta* mihi Joh. loc. et tabellio civitatis Nepesina noto et rogatarioque suo scribendam pariter dictaberunt easque propriis manibus roborantes et testibus a se rogiti octulerunt subscribendam, *sibi inbicem tradiderunt* sub *stipulationem et sponsionem solenniter interpositam.* »

Sottoscrizione dei testimoni : « (N. N.) hic *chartulae*... rogatus ab » eis teste subscripsi, et *as charta sibi inbicem traditam vidi.* »

Tabul cit., n. 6, an. 972. — I donanti, dopo di aver indicato i confini dei fondi, aggiungono : « unde et omnes monimina chartas

» et betustem *cum hanc donationis charta insimul tibi contradimus.* »
Indi seguono le solite clausole, e poi si dice : « In qua et iuratus dici-
» mus per deum omnipotens... hec omnia que huius donationis
» charta seriem textus eloquitur inviolabiliter conserbare atque
» adimplere *promittimus... Quam* (*chartam*) scribendam rogavimus
» B. scrin. et tab. urb. R., in qua et nos q. s. subter manum pro-
» priam subscripsimus et testes qui subscriberent rogavimus et
» *tibi* q. s. *contradimus.* »

Sottoscrizione del tabellio : « Ego B. post testium subscriptiones
» et *traditione facta* complevi et absolvi. »

Cfr. anche *Tabul.* cit. nn. 7, 8, 14, 16, 32, 57 ecc.

Tabul. S. Mar. Nov., n. 1, an. 982. — Concessione di una casa fino alla terza generazione : « De qua re et de quibus modis (?)
» omnibus iurantes dicunt *utraque partes* per Deum omnipotentem...
» hec omnia que huius chartulae placiti conventionisque seriem in
» toto partemve eius quolibet modo venire temptaverint... *As au-*
» *tem duas uniforme uno tenore conscriptas chartas* mihi Leoni... scri-
» bendas pariter dictaverunt easque propriis manibus roborantes
» testibus a se rogitis obtulerunt et *sibi invicem tradiderunt* sub *sti-*
pulatione et sponsione solemniter interposita. »

Tab. cit., n. 4, an. 1017. — Vendita : « Unde et *hanc cessionis*
» *venditionis chartula tibi contradidimus...* In qua et iuratus dicimus..
» hec omnia... adimplere *promitto.* »

Sottoscrizione : « Ego Th. scriniarius... post testium subscrip-
» tiones et *traditiones facta* complaevi et absolvi. »

Ora tanto da queste, quanto da moltissime altre testimonianze si scorge, prima di tutto, che là, dove nell' alto medio evo il diritto romano conservò il suo vigore, la *stipulatio* continuò sempre ad essere considerata come la causa costitutiva delle convenzioni, e che, quando queste eran messe in iscritto, un accenno alla *stipulatio* intervenuta fra le parti e relativa a tutto il contenuto dell' istrumento non vi mancò mai. E tale accenno talora fu espresso con la forma completa e bilaterale (*stipulatione et sponsione interposita — stipulanti promisit*), e tal' altra con quella forma unilaterale (*omnia adimplere promisit*), che era omai ritenuta generalmente come dotata di efficacia eguale alla prima. E se tutto cio è indubitato, ne segue che debba già per questo apparire come assai poco verosimile il voluto assorbimento della *stipulatio* nell' atto della documentazione.

O, se di assorbimento si vuol parlare, ciò non deve poter significare altro che questo, ossia che la *stipulatio*, messa in iscritto, non solo fece nascere una maniera di enunciarla, che le dava apparenza di atto unilaterale, ma dovè sempre più contribuire a far cadere in disuso le parole solenni.

Ma — e questa parmi circostanza di assai maggior peso — fra l'atto della documentazione, o più propriamente fra il dare e il ricevere il documento e la *stipulatio* non si rivela nessun rapporto, nè nelle testimonianze riferite nè in altre ; rapporto, che possa poi autorizzarci ad ammettere la trasfusione del valore costitutivo della *stipulatio* nella *traditio chartae.*

Se bene, come s' è visto, la *traditio chartae* sia ricordata in varii punti nei documenti, pure essa in realtà avveniva soltanto dopo che il testo del documento era stato scritto dal tabellio e sottoscritto, o sottosegnato dall' emittente e dai testimoni, i quali tutti facevano ciò dopo averne ascoltato la lettura. La frase adoperata dal tabellio per menzionare la *traditio chartae* (— *post traditam*, o *traditione facta* complevi et absolvi —) indica chiaramente, che essa era l'atto, che precedeva immediatamente la sua attività finale, comprendente la *completio* ed *absolutio*, e seguiva subito dopo la *roboratio testium.*

Se la *traditio chartae* avea luogo dopo le sottoscrizioni dell' emittente e dei testimoni, la *stipulatio* invece le precedeva. Niente in fatti di più naturale, che il destinatario si facesse formalmente promettere dall' emittente l'osservanza di tutto ciò che era scritto nella carta, nel momento stesso in cui era finita la redazione del contesto, e prima che l'ultimo l' avesse sottoscritta. Perciò se, quando si procedeva alla documentazione di un negozio giuridico, i due atti della *stipulatio* e della *traditio* non si susseguivano immediatamente l'uno all' altro, ma eran separati dalla sottoscrizione dell' emittente e da quelle dei testimoni, non si vede per qual modo il secondo avrebbe potuto sostituirsi al primo e prenderne il posto ed il significato.

Per quanto si fossero venute attenuando, ed anche alterando, le forme della *stipulatio* nella scrittura, pure non sembra affatto che questa, e non più quella, sia stata considerata come causa dell' obbligazione.

HEREDITATIS PETITIO DE INOFFICIOSO

SECONDO I CONTEMPORANEI DI GIUSTINIANO

Nota del Dr **Biagio BRUGI**
Professore ordinario nella R. Università di Padova

Dubbî intorno all' indole della *querela inofficiosi testamenti* nei Basilici. — La dottrina di Stefano. — Confronti con le *condictiones*. — La *querela inofficiosi testamenti* e la *petitio hereditatis* nei testi giustinianei. — Il significato della dottrina di Stefano.

Quando con la scorta dei nostri autori cerchiamo nei Basilici l'indole del mezzo giuridico che la Novella 115 (Zach. 136) assicura agli eredi ingiustamente esclusi dall' eredità, si resta scoraggiati. Il Francke (1) asserì che è arbitrario ascrivere in questo argomento ai Basilici un' opinione determinata : non vi sarebbero, secondo lui, che contradizioni e contrasti mal riducibili ad un unico criterio. Lo Zachariae von Lingenthal (2) ci ammonisce della difficoltà, già dagli antichi tempi sentita anche in Oriente, d'interpretare nel loro pratico valore i diversi passi del Digesto e del Codice, che i Basilici accolgono insieme alle Novelle. E seguita osservando che se è fuor di dubbio questo almeno che, secondo il diritto dei Basilici, nè i *sui* omessi o *non rite exheredati* possono promuovere l'antica *heredidatis intestati petitio*, nè i *liberi* diseredati o omessi invocare la *bonorum possessio contra tabulas*, resta ancora da rintracciare, « qual mezzo giuridico sia accordato ormai a loro tutela in caso che non siano rispettate le disposizioni della Novella CXXXVI (115) ».

E chiaro, per lo Zachariae, essere questo mezzo lo stesso che spetta ai discendenti di una donna o agli ascendenti quando, riguardo ad essi, quelle disposizioni furono violate. E qual mezzo giuridico è ? I giuristi d'Occidente, segue egli, inventarono una *querela nullitatis ex iure novo ;* ma nei Basilici (malgrado si leggano qua e là, anche in giuristi bizantini, certe generali e maldefinite espressioni che potrebbero accennare ad un' eguale idea) decisamente non ve ne è traccia alcuna. Piuttosto nei Basilici compare dovunque l'antica *querela inofficiosi* (μέμψις τῆς διαθήκης) come mezzo giuridico di sola

(1) *Das Recht der Notherben und Pflicht.* (Goetting. 1831), p. 367 sg.

(2) *Gesch. des gr. röm. Rechts* (Berlin [3], 1892), p. 176 sg.

e generale validità pratica. « Essa, dice il nostro autore, è in certo qual modo trasformata e modificata dalla Novella soltanto per il fondamento e per la efficacia ». Per il fondamento, perchè non basta più di essere stati immeritamente omessi : è necessario che niente si sia ricevuto a titolo d'istituzione d'erede e che il testatore non abbia addotto alcun motivo legittimo di omissione. Per l'efficacia, perchè la pretesa è diretta non più alla rescissione del testamento ; ma soltanto ad annullare le istituzioni in erede.

A me sembra che (se non per le regole che continuano a governare la *querela*, purchè non contradicano alla Novella 115), per la figura, quell'antico mezzo giuridico ci si offra nei giuristi contemporanei di Giustiniano in un aspetto nuovo. E cercando qui di darne la prova, seguo appunto l'ammaestramento dello Zachariae che nelle relazioni fra il vecchio e il nuovo, come questa, lasciano evidentemente i Basilici un' ampia cerchia alla discussione degl' interpreti. Di questa fonte, così utile per il testo e gli scolii, io già tentai valermi nelle mie *Istituzioni di diritto privato giustinianeo ;* mi compiaccio che fra noi si continui con frutto a studiarla, perchè c' illumina sul diritto dell' età giustinianea e può diradare le nostre tenebre sul processo civile di allora. Forse si vedrà un giorno che il processo romano-canonico è meno originale di quanto tuttora si crede rimpetto al processo giustinianeo.

Ricorro qui principalmente a Stefano, ossia ad un professore di Berito, il quale verso la fine dell' impero di Giustiniano arricchì di numerose annotazioni il testo delle pandette e lavorò pure sui digesti di Teofilo. Le dispute interno al valore di Stefano non c' interessano, perchè egli presenta una dottrina della *querela inofficiosi testamenti*, che non è tanto un' opinione sua, quanto piuttosto un insegnamento conforme, come vedremo, alla dottrina giustinianea e bizantina delle *actiones*.

Stefano, appunto in una *protheoria*, da cui è tratto lo sc. 1 ad Bas. 39, 1, 1 (Heimb. IV, p. 1-2) spiega che cosa sia la nostra *querela*. L'azione che le leggi concedono a coloro i quali sono stati ingiustamente diseredati è la *hereditatis petitio de inofficioso* (ἔστι δὲ αὕτη ἡ κληρονομίας πετιτίων δεϊνοφφικίοσο). Poi passa a dire dell' origine storica della *querela* ; di coloro che possono far testamento ; della facoltà di diseredare, etc. L'accenno ai motivi legittimi di diseredazione mostra che vien considerato il diritto vigente dopo il 542, anno

della Novella 115. Infatti, per lo Heimbach (1), Stefano avrebbe scritto le sue παραγραφαί dopo il 556 ; lo Zachariae (2) le asserisce posteriori, ma pur sempre dell' età giustinianea. Continua il bizantino ad insegnarci (serviamoci pure della versione dello Heimbach, senza però perder d'occhio il testo) : *Nota autem me dixisse querelam inofficiosi esse querelam de testamento, non actionem. Non enim est actio, sed causa actionis vel hereditatis petitionis* (ἀλλ' αἰτία τῆς ἀγωγῆς ἤτοι τῆς κληρονομίας πετιτίονος). Ed ecco un' ingenua spiegazione del concetto di causa, la quale nondimeno è per noi di grande interesse. A quella guisa che quando taluno viene scritto erede, non è già una azione la scrittura stessa, sivvero « la causa di qualche petizione di eredità e la prova che legittimamente si agisce » ; e come la vocazione *ab intestato* e il senatoconsulto tertulliano e orfiziano « son piuttosto causa di petizione d'eredità che azione » : così chi agisce *de inofficioso* agisce con la *petitio hereditatis*. Anche il paragone che segue è di somma importanza per la determinazione dello stesso concetto. Se alcuno interroga coloro che agiscono *ab intestato*, essi rispondono che appunto questa vocazione è il motivo per cui agiscono. Se alcuno interroga la madre chiamata ai beni del figlio *ex Senatusconsulto Tertulliano* e il figlio chiamato ai beni della madre *ex Senetusconsulto Orphitiano* perchè agiscano con la petizione d'eredità, indicano questi senatoconsulti. Così colui il quale agisce *de inofficioso* si serve della petizione d'eredità e, interrogato perche agisca, dirà : *ex inofficioso*, cioè, perchè il testamento fu fatto contro i deveri del sangue. E qui ribadisce Stefano che la nostra *querela* non è un' azione di per se stessa (καθ' ἑαυτήν); ma causa dell' azione, cioè della petizione d'eredità. Per avvalorare poi il suo insegnamento cita l'autorità di Scevola nella l. 20 D. *de inoff. test.* 5, 2 e di Ulpiano nella l. 5, D. *de H. P.* 5, 3, facendoci credere cosi che non v' ha differenza tra il diritto classico e il giustinianeo e bizantino. Coloro i quali hanno voluto far risalire al diritto classico la figura di una così detta petizione qualificata d'eredità, come veste della *querela inofficiosi*, potrebbero, a prima vista, rallegrarsi dell' appoggio di Stefano !

Lasciamo per un momento quei passi delle pandette e udiamo

(1) *Basil.* VI, p. 14.

(2) *Op. cit.*, p. 6.

ancora il bizantino. Il quale con l'usata prolissità ci ammonisce non essere di ostacolo al suo insegnamento che spesso si parli di un' *actio de inofficioso* : si parla anchè infatti di un' *actio creditae pecuniae*, sebbene non siavi un' azione, la quale si chiama *pecuniae creditae*. E per la *certa stipulatio* conosciamo un' *actio ex stipulatu* sebbene, in virtù di quella, non competa l'*actio ex stipulatu*, ma la *condictio*. Anche qui si cerca invece la causa dell' azione, come dicendo *actio de inofficioso* si fa risaltare la causa dell' azione : *ex eo quod testamentum contra pietatis officium factum sit*. Questo paragone con la *condictio* è di particolare importanza.

La stessa dottrina che dalla *querela inofficiosi* nasce una *petitio hereditatis* ci è ripetuta da Stefano nello sc. 1 ad Bas. 39, 1, 3 (Heimb. IV, p. 3) e nello scolio suo che serve d'introduzione al titolo *de hereditatis petitione* : Bas. 42, 1 (Heimb. IV, p. 184). *Superiore titulo*, leggiamo ivi, *cum locuti fuerimus de petitione hereditatis, quam una tantum causa gignit* (ἣν καὶ μία μόνη πέφυκε τίκτειν αἰτία), *scilicet testamentum inofficiose factum, hinc loquimur generaliter de omni hereditatis petitione* (περὶ πάσης κληρονομιᾶς πετιτίονος) *quam habent omnes ad quos hereditates defunctorum quoquo modo pertinent*. Pertanto la *hereditatis petitio* è un *genus*, una generale figura che ne abbraccia molte speciali.

Qui ci si presenta opportuno un breve confronto con le *condictiones* giustinianee, quali per la *causa* furon poste egregiamente in luce dal Baron (1). Non è confronto arbitrario, si noti bene ; ma ci siamo autorizzati dalle parole stesse di Stefano.

La formola dell' *actio certae creditae pecuniae* non conteneva indicazione di *causa ;* ciò si deve dire in genere delle *condictiones* e della stessa *condictio furtiva*. La quale non può essere pensata in alcuna guisa come una formola proposta a sè *adiecta causa ;* essa è semplicemente un caso di applicazione dell' ordinaria astratta *condictio triticaria* (2). Il diritto classico non conobbe che la distinzione di *condictio certi, triticaria, incerti*. La divisione secondo il fondamento dell' azione, in *condictio mutui, ex stipulatu, ex literis, ex testamento*,

(1) *Abhandlungen aus dem röm. Civilproz.* I, *Die Condict.* (Berlin, 1881).

(2) Cf., Lenel, *Das Edictum perp.* (Leipzig, 1883), p. 121, 187, 189, 191. Le parole del Lenel intorno alla *condict. furtiva*, da me riferite, ricevono inaspettata conferma dallo sc. 1 ad Bas. 24, 8, 7 (Heimb. III, p. 43).

indebiti, causa data causa non secuta, ob turpem causam, sine causa, furtiva, ex lege, come ben dimostrò il compianto Baron (1), in parte fu introdotta da Giustiniano ; in parte si formò dopo. Afferma il Baron che la *condictio* ci appare per la prima volta in relazione al negozio giuridico in Teofilo; poi negli scolii dei Basilici (a cui Stefano dà pur qui largo contributo) spicca il legame delle *condictiones* con la *causa*. Conforme a questo criterio erano anche state preparate per esse le rubriche delle pandette.

Torniamo ora alle parole di Stefano nello sc. 1 ad Bas. 39, 1 (Heimb. IV, p. 2) : *Neque obstabit nobis, quod actio de inofficioso saepe dicitur. Nam et creditae pecuniae actio reperitur ; et tamen non est actio, quae pecuniae creditae vocatur. Et ex certa stipulatione legimus actionem ex stipulatu, quamvis ex certa stipulatione non competat ex stipulatu actio, sed condictio. Verum creditae pecuniae actio significat* (2) *actionem ex numeratione, et ex stipulatu actio significat condictionem ex stipulatione certa scilicet.* Cio equivale a dire che parliamo, anche fuor dell' *actio de inofficioso*, di *causae actionum ;* ossia del diverso fondamento giuridico che può avere una generale figura di azione, come la *condictio.* Stefano insegnava appunto che la *condictio triticaria* abbraccia quattro *condictiones* distinte dalla diversa causa (sc. 1 ad Bas. 24, 8, 7, in Heimb. III, p. 43). Ma anche più chiaramente esposta troviamo la teoria di Stefano nello sc. 4 ad Bas, 23, 1 (Heimb. II, p. 591). Egli mostra ingiustificata l'obiezione di coloro i quali asserivano non potersi far uso di una *condictio* per la cosa data a pegno, ma soltanto per la sua *aestimatio.* Come può *condicere* chi è proprietario e dire : *si paret dare oportere ? Dare* infatti *est dominum facere.* Risponde Stefano che si può agire con la *condictio* tanto per la *aestimatio*, quanto per la cosa. *Etiam in hoc casu et.... in fructibus et his quae vi fluminis translata sunt haec condicio instituitur. Non tamen secundum proprietatem suam et naturam.... sed secundum generalem eius significationem : cum enim praesens condictio generalis sit et complectatur condictionem indebiti et quae ad eam referuntur, id est condictionem causa data causa non secuta condictionem ob turpem vel iniustam causam, et praeterea generalem indebiti, condictionem scilicet*

(1) *Op. cit.*, p. 45 sg.

(2) Qui il verbo δηλοῖ si deve tradurre più espressivamente per noi : fa manifesto, dà a vedere, rende noto, etc. Intendi, cioè, che svela il fondamento dell' azione.

sine causa et furtivam quando intenditur secundum naturam eius et proprietatem, et proprie condictionem ex stipulatione certa : nam cum nulla alia ex ipsa stipulatione certa oriatur, statim certi condictio generalis nascitur. Infatti *ex aliis contractibus et causis* nasce in primo luogo un' altra azione, come, l'*actio ex emto, locato, ex mutuo*, etc.; e nondimeno *ex iisdem certi condictio generalis respuens actionem iam dictam velut genus intenditur.* Si vede anche dal seguito del ragionamento che Stefano carezza quasi quest' idea della *condictio* promovibile come *genus* (ὡς γένος κινεῖται). Orbene questa generale *condictio* (κατὰ τὴν γενικὴν αὐτοῦ σημασίαν, γενικὸς κονδικτίκιος) è una complessa figura di azione come la πᾶσα περὶ διάτασις πετιτίων. Qui l'aggettivo πᾶσα non è reso esattamente ai nostri orecchi dall' *omnis* latino : in greco desta l'idea del « più » ridotto all' « uno ». Meglio sarebbe forse tradurre : *loquimur de universa hereditatis petitione.* È' anch' essa insomma la *petitio hereditatis* dei Basilici un *genus*, e Stefano alla *sedes materiae* dice di trattarne γενικῶς. Si veda pure come in altro scolio egli si esprime quando considera la scrittura, ossia il testamento, quale causa di « qualche » (τινὸς τῆς) petizione di eredità : qui fa pensare ad un *genus* in cui rientra questa speciale figura.

Volgendomi ai testi giustinianei dirò subito che io son fra coloro (1), i quali ritengono che in origine e per lunga età la *querela inofficiosi* fosse un tipo a sè nel processo civile romano. E credo che poi si subordinasse, come specie al genere, alla *petitio hereditatis* press' a poco nell' età giustinianea. Da un lato il mutamento avvenne, secondo me, per il diverso aspetto che, a grado a grado, assunse la facoltà dei testatori di diseredare gli eredi necessari : questi a poco a poco acquistarono un vero diritto a non essere immeritamente diseredati. Cosi la *querela* si avviò a mutarsi in *actio*. Dall' altro lato il mutamento derivò dalla procedura : i tipi di azione perdettero la loro prima rigidità formale.

Certamente finche fu necessaria la *postulatio actionis*, s'impetrava

(1) Per le diverse opinioni cf. Unzner, *Die querela inoff. test. nach dem Rechte vor der Nov.* 115 (Munch. 1891), p. 21 sg. Ma i più, per non dire tutti, fanno risalire al diritto classico la fusione della *querela* con la *petitio*. Invece lo Eisele, *Zur Quer. inoff.* (*Zeitschr. der Sav. Stift.* R. A. XV, 1894, p. 301-2) considera quella fusione come effetto della caduta del tribunale centumvirale, al più presto, all' inizio del quinto secolo d. C. Questa memoria è una della migliori sull' argomento ; credo nondimeno che da Stefano si possa trarre un maggiore profitto e che si debbano tuttora porre in luce talune interpolazioni giustinianee.

dal magistrato l'*actio inofficiosi* (1), cioè come azione a sè. Nel 205 in un rescritto imperiale si contrappone il *titulus quæstionis habens causam inofficiosi testamenti* al *vindicans hereditatem ex alia causa* (2). Se nondimeno qui si legge il testo senz' alcun preconcetto, niente vi si scopre che mostri essere le due azioni un tutto unico distinto in specie per la *causa*. Invece Giustiniano in una costituzione del 531 (3) ci fa balenare quest' idea accennando ad una *hereditatis petitio ex nomine de inofficioso* : cioè, ad una petizione di eredità, la cui *causa* è la mancanza ai doveri del sangue. Non era ancora prescritto di lasciare ai *sui* la legittima a titolo di istituzione d'erede, nè determinato il catalogo dei motivi legittimi di diseredazione ; ma essi avevano ormai conseguito un vero diritto a non essere ingiustamente diseredati. Già dal 15 decembre 530 era stata istituita la commissione per compilare le pandette. Dove avrebbe collocato la *querela inofficiosi testamenti ?* Qui l'editto del pretore, che essa doveva seguire, non le forniva verosimilmente alcun sussidio ; di una rubrica edittale *de inofficioso testamento* non si ha sufficiente prova (4). Come nel codice Giustiniano della *querela* si era parlato in vicinanza della *petitio hereditatis*, parve opportuno ai compilatori delle pandette di tenere la stessa via. Il libro quinto delle pandette venne perciò, dopo una generale rubrica *de iudiciis*, dedicato al *testamentum inofficiosum* e alla *petitio hereditatis* nelle sue varie specie. Era ben naturale che quanto più si perdeva il senso della distinzione formale delle *actiones* per guardare il loro fondamento giuridico, tanto più il caso del *testamentum inofficiosum* dovesse apparire come un caso di *petitio hereditatis*. Così forse volevano già i compilatori giustinianei, senz' avere il coraggio di dire apertamente, qui e altrove, che niente ormai più importava la distinzione antica dei tipi d'azione (5).

Certo si è che la dottrina di Stefano si può dire une chiara teoria del fatto naturalmente compiutosi ; e corrisponde, in sostanza, a ciò che s'insegnava in Occidente pure già nei secoli primi dell' età di

(1) Cf. l. 9 C. Th. *de his q. sub tyr.* 15, 14.

(2) L. 3 C. *de pet. her.* 3, 29.

(3) L. 34 C. *de inoff. test.* 3, 28.

(4) Lenel, *op. cit.*, p. 111-112.

(5) Forse ha ragione lo Erman, *Conceptio formul., actio in fact.*, etc. (Berlin, 1899), p. 49 n. 1 che Giustiniano fu un romantico e antiquario ripristinatore delle *actiones*.

mezzo. In uno di quei trattati *de natura actionum* (1), che nella loro primitiva forma (tuttora discernibile attraverso le modificazioni cui furono sottoposti) ci riconducono, anche fra noi, all' età giustinianea leggiamo l'*accio de inofficioso* omai inquadrata fra le *petitiones hereditatis*. Viene anzitutto la *peticio hereditatis que omnibus illis qui uel ueteri uel nouo iure heredes fiunt ;* indi l'*accio de inofficioso, que utilis petitio hereditatis est... utilis quia competit exheredato non domino contra heredem scriptum adicione iam factum dominum;* infine la possessoria e la *fidei commissaria peticio*. Nella cosi detta *Summa trecensis* (2) s'insegna : *Inoffitiosi querela non est per se actio, set allegatio que exercetur proposita hereditatis petitione. qui enim de inoffitioso agit nullam aliam actionem intendit, quam hereditatis petitionem* (III, 7, 3). Nè diverso è l'insegnamento delle *Questiones de iuris subtilitatibus* (3) : dove troviamo un' *hereditatis petitio ex inofficiosi titulo* (XV, 2).

Si formò cosi quella *communis opinio* che considera la *querela* come una qualificata petizione d'eredità, E, per rannodarla ai testi delle pandette, invocano gli odierni romanisti quei medesimi passi che Stefano e gli antichi maestri d'Occidente citavano. Noi non possiamo seguirli a occhi chiusi perchè, con tutta probabilità, la mano dei compilatori adattò i testi classici alla figura giustinianea della *hereditatis petitio* come *genus ;* e di una delle specie che vi sono comprese fece tutt' uno con la *querela* (4). Cominciamo da Ulpiano (l. 5 D. *de H. P.* 5, 3) : *Eorum iudiciorum, quae de hereditatis petitione sunt ea auctoritas est, ut nihil in praeiudicium eius iudicii fieri debeat.* La frase che ci mostra tutti questi *iudicia* compresi nella *hereditatis petitio* (e cosi anche la nostra *querela*, come vedesi dalla

(1) Cf. Fitting, *Jurist. Schrift. des früh. Mittelalt.* (Halle, 1876), p. 119-120 e la dotta introduzione di tanto maestro.

(2) Sapientemente pubblicata e illustrata dal Fitting col titolo *Summa Codic. des Irnerius* (Berlin, 1894). V. ivi, p. 52-53.

(3) Altra lodata pubblicazione del Fitting : *Quest. de iur. subtil. des Irner.* (Berlin, 1894). V. ivi, p. 69. Dal § 1, III, 22, della versione latina della somma provenzale *Lo Codi*, edita teste con giovanile vigoria dal Fitting (Halle, 1906), la *querela* sembra inclusa nella *petitio*. Non dice di piu perchè il libro ha carattère pratico.

(4) Senza escludere, come pare ben sappia anche Stefano, che in un caso la *querela* non è, nè puó essere, neppure nel diritto giustinianeo, una *hereditatis petitio*. Cf. Eisele, *loco cit.*, p. 305-6.

successiva l.7, § 1) è già da un pezzo ritenuta interpolata (1). Nell'altro passo, che è di Scevola (l. 20 D. *de inoff. test.* 5, 2), leggiamo la famosa frase : *qui de inofficioso dicit* (*non debet*) *aliam ullam* (*actionem*) *quam hereditatis petitionem exercere.* Orbene essa è in uno di quei prolissi incisi di cui si compiacevano i compilatori credendo di giovare alla chiarezza. Basta riflettere a certe parole ed espressioni per ritenere ragionevolmente che così Scevola non scrisse (2).

Ma a me non importa qui tanto questo richiamo ai passi delle pandette (dove un far tutt' uno della *querela* con la *hereditatis petitio* (3) è, secondo me, un vero anacronismo), quanto piuttosto il significato della dottrina di Stefano. Di recente uno dei nostri più stimati colleghi, il prof. C. Longo, ha lucidamente dimostrato (4) che i compilatori giustinianei e gli scoliasti dei Basilici son tutti intenti a costruire la *natura* di ciascun' azione fissandone un tipo legale nuovo. La *natura actionis*, qual criterio omai unico di distinzione delle azioni, comprende tutte le condizioni sostanziali perchè sorga una *actio* e il *quid veniat in actionem.* Così la considerazione del giurista si sposta dall' aspetto della procedura verso quello del rapporto giuridico che l'*actio* deve tutelare (5). *Causa actionis* è il fondamento giuridico dell' azione, che, più del nome, tuttora conservato nel *libellus conventionis* (6), le dà una distinta figura. Noi avremmo torto di considerare la *causa* (7) come criterio di rinnovamento delle sole *condictiones.* Guardando la *causa*, perdeva dovunque la sua importanza il nome dell' *actio ;* quello d'un azione in realtà

(1) Francke, *Exeget. dogm. Comm. über d. Pandectentit. de her. pet.* (Goetting. 1864) p. 79-80, Lenel, *Paling., Ulp.* 482. Probabilmente il giureconsulto aveva scritto : *Centumviralis iudicii ea auctoritas est, etc.*

(2) Così *possessio indulgenda est, actiones movere, petitionem exercere.*

(3) Trifonino (l. 20 pr. D. *de bon. poss. c. t.* 37, 4) così si esprime : *nec filius qui in potestate remansit aditione adhibita in totum expellendus erit, sed ad hereditatis petitionem admittendus est ex causa inofficiosi querelae contra emancipatum movendae.* Ma queste parole si dovranno ritenere genuine ?

(4) *Il crit. giustinian. della natura act.* negli Studi *di dir. in on, di V. Scialoja* (Milano, 1905), I, p. 607 sg. e *Natura act. nelle fonti bizant.* (*Bull. dell' Ist. di dir. rom.* XVII, 1905. p. 34 sg.

(5) Cf. gia un accenno nelle mie *Ist. di dir. priv. giust.* I, § 37 *g.*

(6) Cf. le mie *Istit. di dir. priv. giust.* I, § 50.

(7) Lasciamo qui l'appiglio che già offriva per essa il diritto classico : per es la *vindicatio expressa causa. l'actio ex testamento*, etc.

talora ne copriva un' altra ; talora le *actiones* classiche si mescolavano insieme. Non importava più di sapere, in casi complicati, qual fosse l'azione competente ; ma che cosa spettasse all' attore. E così con una logica che, sebbene di età di decadenza, è pregevole si formavano figure generali e complesse di azione (1), dette bene un *genus*. Ormai, in virtù dell' *officium iudicis* (2), si poteva prendere dalla *querela* cio che occorreva per la *petitio hereditatis* indicata dall' attore nel *libellus conventionis* : e viceversa.

Poterono così continuare i nomi delle *actiones* nei comunissimi elenchi d'Oriente e d'Occidente; ma la pratica combinava e distingueva, ora le azioni, secondo la *causa* o fondamento giuridico. Il diritto canonico compì facilmente l'opera.

(1) A me sembra che anche i versi di Psellus (Meerm. *Thes.* I, p. 44) alludano a questo concetto. Nei v. 58-59 l'elenco delle azioni, ove le molte questioni e ipotesi son ridotte εἰς τὴν οἰκείαν ἀγωγήν, mi desta con l'aggettivo οἰκεῖος l'idea di appartenenza a un gruppo.

(2) Cf. su questo, in generale, Longo. *loco cit.* p. 90 e sg.

HENRI DE SARTINES

OFFICIAL DE LA COUR DE LYON AU XIII^me^ SIÈCLE

ET SA BIBLIOTHÈQUE

Par **E. CAILLEMER,** Doyen de la Faculté de Droit de Lyon
Correspondant de l'Institut

Le nom d'Henri de Sartines est un de ceux que l'on rencontre le plus fréquemment dans les chartes lyonnaises de la fin du XIII^e^ siècle.

Nous n'avons de renseignements ni sur la date ni sur le lieu de sa naissance. Nous savons seulement qu'il appartenait à une famille noble du Forez, famille qui possédait en fief la terre de Sartines ou d'Essartines en Donzy, dans la paroisse qui porte encore ce dernier nom, à quelques kilomètres de Feurs (département de la Loire). Cette famille de Sartines, à certaines époques, a eu beaucoup de représentants; suivant le mot de Le Laboureur, elle avait alors « quantité de saillies ». Mais, dès le XVII^e^ siècle, on la considérait comme éteinte, comme perdue par l'effet du temps, ou, au moins, si elle subsistait encore, comme tout à fait déchue (1). Au temps de sa splendeur, elle portait un blason d'argent à la bande d'azur (2).

Plusieurs des membres de la famille de Sartines ont, à la fin du XIII^e^ siècle, joué un rôle assez important. Nous citerons, entre autres, Girin de Sartines, qui fut abbé de l'Ile-Barbe pendant un quart de siècle, probablement de 1270 à 1296. Ce fut lui qui, en 1279, par un statut exprès, limita à quarante, au maximum, le nombre des religieux du monastère, nombre qui jusque là n'avait subi aucune restriction et qui avait parfois dépassé quatre vingts (3). Ce fut lui aussi qui, en 1284, de l'avis et consentement des prieurs des maisons dépendant de l'Abbaye, promulgua les statuts de son Eglise, statuts qui furent homologués, au nom de l'archevêque de Lyon, par son parent l'official Henri de Sartines. Le lieu de sa sépulture était autrefois marqué, dans le cloître, près de la grande porte de l'église Saint-Martin, par une inscription dont le texte nous a été conservé (4).

A la même époque ou à des dates assez rapprochées, les chartes

(1) Le Laboureur, *Les Masures de l'Ile-Barbe*, I, p. 367 (al. 25); cf. p. 182 et 183.

(2) La Mure, *Histoire des Ducs de Bourbon*, I, p. 379, dit : d'azur à la bande d'argent.

(3) Le Laboureur, *Les Masures*, I, p. 187, 241, 278.

(4) Sur Girin de Sartines, voir Le Laboureur, *Les Masures*, I, p. 182 à 191.

mentionnent la présence aux actes qu'elles constatent de personnes notables appartenant à la même famille : En mai 1239, Robert de Sartines, chanoine de Saint-Just (1) ; — En juin 1243, Hugues de Sartines, chevalier (2) ; — En 1269, Hugues de Sartines, chanoine de Mâcon, « cognitor causarum in Comitatu Forensi », c'est-à-dire, juge de Forez (3); — En 1284, Robert de Sartines, qui prend le titre de chevalier et est dit frère de l'abbé Girin (4) ; — En 1309, Guillaume de Sartines, moine de l'Ile-Barbe, cellerier de l'Abbaye (5) ; — Un peu plus tard, Etienne de Sartines, dit Convers, damoiseau, « domicellus », dont la veuve, Catherine de Grézieu, fit, le 16 novembre 1331, un testament par lequel elle instituait pour héritier son fils Etienne, et lui substituait, en cas de décès sans postérité, un de ses neveux, le seigneur de Grézieu (6).

Mais bien plus fréquente est la rencontre, de 1277 à 1284, du nom d'Henri de Sartines.

Dans un compte-rendu, d'ailleurs très bienveillant, de notre étude sur Jean de Blanot (7), deux savants historiens ont émis des doutes sur l'attribution que nous avons faite à un seul et même personnage de tous les textes de la seconde moitié du XIII^e^ siècle dans lesquels nous avons rencontré le nom de JOHANNES DE BLANOSCO. Ils estiment que nous n'avons pas suffisamment démontré l'identité du jurisconsulte Jean de Blanot et de l'official du même nom. Ils semblent portés à croire qu'il y a eu, à Lyon ou aux environs de Lyon, de 1270 à 1280, deux Jean de Blanot, l'un, peut être le plus âgé, qui fut homme d'église et official de la Cour de Lyon ; le second, le plus jeune, qui fut jurisconsulte, chevalier et seigneur d'Uxelles (8). L'heure serait mal choisie pour essayer de démontrer que la critique est peu fondée. — Mais nous sommes obligés de reconnaître que la question soulevée par nos distingués contradicteurs se présente également à l'occasion des chartes dans lesquelles nous

(1) *Cartulaire Lyonnais*, n° 339, t. I, p. 416.
(2) *Cartulaire Lyonnais*, n° 381, t. I, p. 465.
(3) La Mure, *Histoire des Ducs de Bourbon*, I, p. 266.
(4) Le Laboureur, *Les Masures de l'Ile-Barbe*, I, p. 189.
(5) Le Laboureur, *Eod. Loc.*, I, p. 200.
(6) Le Laboureur, *Les Masures*, I, p. 506.
(7) Publiée dans les *Mélanges Charles Appleton*, 1903, p. 51 à 110.
(8) S. Charléty et A. Coville, *Revue d'Histoire de Lyon*, II, 1903, p. 503.

avons rencontré le nom d'Henri de Sartines, et ici nous serons moins affirmatif.

Dès le XVII^e^ siècle, Jean-Marie de La Mure invitait ses lecteurs à bien se garder de confondre un certain Henri de Sartines ou d'Essartines, « legum professor, judex in Comitatu Forensi », que l'on rencontre en 1287 et en 1289, avec l'ecclésiastique Henri de Sartines, official de Lyon. Le premier, qui joignait volontiers à sa qualité de juge de Forez celle de damoiseau, « domicellus », et de seigneur de Torigni en Beaujolais, était probablement le neveu de l'official (1).

Du « legum professor », du « judex in Comitatu Forensi », nous savons peu de chose. De La Mure nous dit seulement qu'il succéda dans la judicature de Forez à Nicolas de Billens (2), et qu'il eut pour successeur Guillaume de Virieu ou de Vire en Dauphiné, « Guillelmus de Viriaco ». Sa nomination fut toutefois antérieure à la date indiquée par le vieil historien du Forez : 1289 ; car, dans une charte dont l'original est conservé aux archives du Rhône, il se dit, dès le mois d'octobre 1287, « judex in Comitatu Forensi (3) ». Guillaume de Virieu l'avait déjà remplacé en 1294.

Beaucoup plus nombreux sont les documents concernant l'official.

C'est sous l'archiépiscopat d'Aymar de Roussillon que nous avons rencontré pour la première fois à Lyon le nom d'Henri de Sartines. Un vidimus, daté du mois de mars 1277 et conservé dans les archives du fonds de Saint-Just, a été authentiqué par « Magister Guillelmus de Verneto, sacrista Sancti Justi, officialis Curie Lugdunensis », et par « Henricus de Sartines, judex domini archiepiscopi in Curia seculari Lugdunensi ». Le sceau de la Cour séculière de Lyon, S'CVRIE SECVLARIS LVGD. (4), est encore appendu à l'acte. Quel est cet Henri de Sartines ? Si l'on admet, avec de La Mure, qu'il y eut, à cet époque, à Lyon, deux personnages portant le même nom et le même prénom, est-ce le futur official ou le futur « Judex in Comitatu Forensi ? »

Pendant les premières années de l'archiépiscopat d'Aymar de

(1) La Mure, *Histoire du Forez*, p. 428.

(2) Sur Nicolas de Billens, voir notre mémoire sur *L'Enseignement du Droit à Lyon avant 1875*, Lyon, 1900, in-8°, p. 24 et suiv.

(3) M.-C. et Georges Guigue, *Bibliothèque historique du Lyonnais*, t. I, 1886, p. 6, note 4; cf. La Mure, *Histoire du Forez*, p. 482.

(4) Voir notre *Etude sur Jean de Blanot*, p. 13 du tirage à part.

Roussillon (1274-1283), l'official de la Cour de Lyon fut, au moins en règle générale, Jean de Blanot. Hugues de Sartines était alors simplement chanoine de Saint-Just. Au mois de juin 1275, deux membres du Chapitre de cette Eglise étant décédés et leurs prébendes se trouvant vacantes, les dignitaires, obéancier et sacristain, et les représentants des chanoines, procédèrent à la répartition entre les survivants des biens de leurs collègues défunts. Hugues de Sartines et Pierre de Dalgoyzi reçurent pour leur part, mais avec indivision entre eux, l'obédience de Chaucsans, vingt sous à prendre sur Saint-Barthélemy et vingt sous payables sur le « padium (1) ».

Vers la fin de l'année 1281, Jean de Blanot cesse de paraître dans les chartes en qualité d'official. Son nom est remplacé dans le protocole des actes de l'officialité par celui d'Henri de Sartines, « Henricus de Sartines, Sancti Justi Lugdunensis canonicus ». C'est Henri de Sartines qui, seul, figure comme official dans tous les actes de 1282 et de 1283 (2).

Aymar de Roussillon mourut vers le milieu de l'année 1283 (3). Sa mort ne peut pas, en effet, être antérieure au 26 juin 1283, puisque nous avons un acte, daté du sixième jour avant les kalendes de juillet de cette année, et que Henri de Sartines y prend encore la qualité d'*Officialis Lugdunensis*. Elle ne peut pas d'un autre côté être postérieure au 11 août de la même année; car, ce jour-là, l'évêque d'Autun, Jacques de Beauvoir, agit en qualité de représentant de feu l'archevêque Aymar : « Nos, Jacobus, miseratione divina, Eduensis episcopus, tenentes sedem archiepiscopalem prime Lugdunensis Ecclesie, ipsa sede vacante per mortem bone memorie domini Ay., quondam archiepiscopi Lugdunensis (4) ».

(1) *Cartulaire Lyonnais*, n° 715, t. II, p. 344.

(2) 1282, mars (*Grand Cartulaire d'Ainay*, n° 104, p. 208); — mai (*Cartulaire Lyonnais*, n° 775, t. II, p. 459); — 7 septembre (*Bibliotheca Dumbensis*, t. II, n° 157, p. 217); — décembre (*Cartulaire Lyonnais*, n° 777, t. II, p. 462);—Sine mense (*Cartulaire d'Ainay de* 1286, n° 59, p. 102; cf. p. 113).

1283, février (*Cartulaire Lyonnais*, n°778, t. II, p. 466; *Grand Cartulaire d'Ainay*, n° 250, p. 562); — avril-mai (*Cartulaire Lyonnais*, n° 781, t. II, p. 471); — juin (*Cartulaire Lyonnais*, n°s 784 et 785, t. II, p. 475 et 481 ; *Grand Cartulaire d'Ainay*, n° 91, p. 179); — 26 juin (*Cartulaire Lyonnais*, n° 780, t. II, p. 470).

(3) Voir notre *Etude sur Jean de Blanot*, 1903, p. 16.

(4) *Cartulaire Lyonnais*, n° 786, t. II, p. 482.

La mort d'Aymar et la prise de possession de l'archevêché par l'évêque d'Autun donnèrent ouverture à de longues contestations auxquelles Henri de Sartines prit une part très active. Il fut le témoin quotidien de tous les incidents de la procédure qui s'engagea entre Jacques de Beauvoir et le Chapitre ; procédure assez curieuse pour que nous l'exposions ici brièvement. C'est une page détachée de l'histoire que l'on pourrait écrire de la régale spéciale à l'archevêché de Lyon (1).

On sait depuis longtemps que, par une dérogation notable au droit commun, lorsque l'archevêché de Lyon était vacant, les droits, dont l'ensemble est aujourd'hui résumé sous le nom de régale, étaient exercés par l'évêque d'Autun. C'était lui qui nommait aux bénéfices dépendant de l'archevêché ; c'était lui qui percevait les fruits et les revenus de la mense archiépiscopale. Cette particularité est déclarée constante, dès l'année 1140, par le pape Innocent II, dans une lettre qu'il écrivit à Humbert de Baugé, récemment élu évêque d'Autun. Innocent II confirme Humbert et ses successeurs dans la jouissance de la « vicaria dignitas, quam antecessores sui in Lugdunensi Ecclesia usque ad hæc tempora habuisse noscuntur » (2).

Il est vrai que, au milieu du XII^e^ siècle, il n'y avait pas de réciprocité ; car l'archevêque de Lyon ne jouissait pas, en cas de vacance du siège d'Autun, de droits égaux à ceux que l'évêque d'Autun exerçait pendant la vacance du siège archiépiscopal. Innocent II le rappelle expressément à Humbert de Baugé : « Decedente vero te vel aliquo successorum tuorum episcopo, nullus prepositus, nullus laïcus domos episcopales invadere aut aliquid de bonis episcopalibus occupare presumat ; sed omnia succedenti episcopo integre conserventur ».

Mais, dès la fin du XII^e^ siècle, Philippe-Auguste, dans le royaume duquel se trouvait Autun, reconnut, sans toutefois parler expressément des fruits, que tous les droits de régale et autres droits relatifs à l'épiscopat, « Regalia nostra Eduensia et alia que ad episcopatum pertinent », droits qui, d'après les principes ordinaires,

(1) Voir G.-J. Phillips, *Das Regalienrecht in Frankreich*, Halle, 1873, p. 50 et suiv.; cf. p. 448 et suiv.

(2) La bulle d'Innocent II se trouve dans l'*Histoire de Bourgogne* de dom Plancher, t. 1^er^, preuves, n° LX, p. 12. Elle a été réimprimée, d'après l'original, par M. de Charmasse, *Cartulaire de l'Evêché d'Autun*, 1^re^ partie, n° VII, p. 13.

auraient dû être exercés par le roi dans le diocèse d'Autun, devaient être abandonnés à l'archevêque de Lyon. Par lettres, datées de Paris, 1189, Philippe-Auguste confesse que, si au décès de l'évêque Etienne II, il a pris en sa main la régale d'Autun, il l'a fait par ignorance des droits de l'archevêque de Lyon. Il ne veut pas que cette facheuse erreur porte préjudice à l'une ou à l'autre des deux Eglises, et il s'empresse de restituer cette régale à l'archevêque de Lyon et à ses successeurs, pour qu'ils en jouissent à perpétuité, autant de fois que le siège d'Autun viendra à vaquer, de même que, lorsque le siège de Lyon sera vacant, l'évêque d'Autun pourra prendre en sa main tous les droits de l'archevêché. « Quotiens Eduensis sedes vacaverit, totiens Lugdunensis archiepiscopus et regalia nostra Eduensia et alia que ad episcopatum Eduensem pertinent in manu sua habeat, et versa vice quotiens Lugdunensem sedem vacare contigerit, totiens episcopus Eduensis in manu sua habeat et custodiat universa ad archiepiscopatum Lugdunensem pertinentia (1). » Cette lettre de Philippe-Auguste en faveur de Jean de Bellesmains, qui était alors archevêque de Lyon, fut confirmée par lui en 1222, au profit de son successeur l'archevêque Renaud de Forez (2).

Cette main-mise de l'évêque d'Autun sur l'archevêché de Lyon en cas de vacance du siège froissait vivement le Chapitre de l'Eglise cathédrale et de nombreux témoignages contemporains prouvent qu'il tenta à plusieurs reprises de s'y opposer. Lorsque, en 1267, l'archevêque Philippe de Savoie renonça à sa dignité ecclésiastique pour recueillir la succession de son frère Pierre de Savoie, Girard de la Roche, alors évêque d'Autun, prit aussitôt, en vertu des traditions ci-dessus rappelées, l'administration de l'archevêché. Le Chapitre lui suscita toutes sortes de difficultés ; une lettre, que M. de Charmasse a publiée, en la datant du 3 juillet 1257 (3), mais

(1) Dom Plancher, *Histoire de Bourgogne*, t. Ier, preuves, n° CXVIII, p. LXV; cf. *Cartulaire de l'Evêché d'Autun*, Ire partie, n° CCVIII, p. 224. Un vidimus de cette charte est conservé aux Archives nationales, J, 262, Lyon, n° 8. Voir Teulet et Berger, *Layettes du Trésor des Chartes*, t. IV, 1903, p. 474 ; cf. Léopold Delisle, *Catalogue des Actes de Philippe-Auguste*, n° 235.

(2) Dom Plancher, *Histoire de Bourgogne*, t. Ier, preuves, n° CXX, p. LXV; cf. *Cartulaire de l'Evêché d'Autun*, Ire partie, n° CCIX, p. 225.

(3) *Cartulaire de l'Evêché d'Autun*, 2e partie, n° XXXIII, p. 271. — Une autre charte d'Autun, relative à la régale et publiée dans le *Cartulaire de l'Eglise d'Autun*, 3e partie,

qui est certainement de dix ans au moins plus récente, en fournit la preuve. Hugues, comte de Vienne, adresse au Doyen et au Chapitre de l'Eglise de Lyon, une instante prière de ne pas troubler son parent l'évêque d'Autun, Girard de la Roche, dans l'exercice du droit qui appartient, de temps immémorial, à l'évêché d'Autun en cas de vacance de l'archevêché(1). La requête fut-elle bien accueillie par le Chapitre ? Ce qui est certain, c'est que l'administration intérimaire de Girard de la Roche n'a pas laissé à Lyon de bons souvenirs. Les cinq années, qui s'écoulèrent entre la démission de Pierre de Savoie et la nomination de son successeur Pierre de Tarentaise, furent des années de guerre civile, presque sans trêve ni merci, entre les représentants de l'évêque, ceux du Chapitre et les citoyens. Il y eut, comme le dit l'auteur du *Tractatus de Bellis et Induciis*, des périodes pendant lesquelles les Lyonnais exercèrent tous les droits appartenant à la juridiction de l'évêque d'Autun : « Omnia ad Domini Episcopi Eduensis jurisdictionem pertinentia exercebant. »

Les relations entre l'archevêque Aymar de Roussillon et le Chapitre de l'Eglise cathédrale de Lyon ne paraissent pas avoir toujours été très cordiales. A la mort du prélat, les chanoines avaient presque suspendu l'exercice du culte ; ils avaient même fermé les portes de

1900, p. 85, n° LXXVIII, a également une date inexacte. Elle constate un accord entre le Chapitre d'Autun et Gautier Forestier, *magister Galterius Forestarii*, d'Autun, chanoine de Mâcon, *officialis Curie Eduensis pro domino archiepiscopo Lugdunensi, sede Eduensi vacante*. Le traité est daté du mois d'avril 1282 (n. s. 1283). Mais, à cette date, le siège d'Autun n'était pas vacant et l'archevêque de Lyon ne pouvait pas en avoir l'administration. Jacques de Beauvoir occupait l'évêché et ce fut lui qui, précisément en 1283, prit l'administration de l'archevêché de Lyon à la mort de l'archevêque Aymar. Une inexactitude analogue peut être signalée dans l'attribution à l'année 1413 d'un sceau de la régale de Lyon pour l'évêque d'Autun pendant la vacance du siège (*Cartulaire de l'Evêché d'Autun*, 1880, frontispice, et p. LXXVII). En 1413, le siège de Lyon n'était pas vacant; il était occupé par l'archevêque Philippe de Thurey.

(1) Dans cette lettre, Hugues se dit « Comes Viennensis, Dominus Paigneii», comte de Vienne, seigneur de Pagny. Mais il avait, depuis le 21 janvier 1263, vendu à l'archevêque de Vienne, Jean de Bernin, au prix de six mille cinq cents livres viennoises, le Comté de Vienne et son palais situé près de l'Eglise Saint-Pierre entre les Vignes. Voir Claude Favre, *Histoire de la réunion de Vienne à la France*, dans le *Bulletin de l'Académie delphinale*, 4e série, t. XIX, 1905, p. 376 et suiv. M. Favre a vu, aux archives de l'Isère, les originaux de l'acte de vente, dont la date est ainsi formulée : « Actum Lugduni, XII Kal. februarii, anno domini millesimo ducentesimo sexagesimo secundo (a. s.) ». Il est donc impossible de dater la cession de 1250, comme l'ont fait d'excellents historiens.....

leur église, en signe de deuil, pour protester contre les mauvais procédés de l'archevêque. Aymar, disaient les chanoines, avait, un jour, réuni une foule de gens armés, et les avait conduits au pillage d'Anse, de Saint-Germain et d'autres localités appartenant au Chapitre. Le dommage pour Anse était évalué à deux mille livres viennoises, pour Saint-Germain et le voisinage à quinze cents livres. Aymar avait aussi extorqué du Chapitre des sommes dont il n'était pas réellement créancier. Les chanoines voulaient bien contribuer aux dépenses qu'entrainait pour tout prélat nouvellement élu la réception du pallium. Ils consentaient aussi à supporter une part des frais des voyages que l'archevêque entreprenait pour visiter le Souverain Pontife ou l'Empereur (1). Mais Aymar avait exigé beaucoup plus, et, de ce chef encore, le Chapitre réclamait des indemnités (2).

Bien renseigné sur les sentiments d'hostilité des chanoines à l'égard de l'Archevêché, se rappelant d'ailleurs les démêlés du Chapitre de Lyon avec l'évêque d'Autun pendant la vacance qui suivit

(1) Chose notable ! Les chanoines veulent bien contribuer aux dépenses qu'entraîneront les voyages faits par l'archevêque pour visiter le Souverain Pontife ou l'Empereur, mais ils ne disent rien pour les visites au Roi de France.—Ils venaient,en effet,de déclarer à Jean, cardinal de Sainte-Cécile, que Lyon n'est pas en France (22 octobre 1283, *Cartulaire Lyonnais*, II, n° 788, 1893, p. 485 et suiv.) : « Civitas Lugdunensis, nec tota, nec in parte aliqua, est in regno, sed extra regnum Francie totaliter constituta ». Des faits nombreux le prouvent, disent-ils ; mais, *brevitatis gratia*, le Chapitre en citera seulement deux. 1° Lorsque Innocent IV décida de réunir un concile pour déposer l'empereur Frédéric, les Rois de France et d'Espagne se refusèrent à autoriser cette réunion dans un lieu dépendant de leurs royaumes. Par suite de ce refus, Innocent tint le Concile à Lyon, dans l'Eglise de Saint-Jean, sur la rive droite de la Saône, « ex parte montis ». La rive droite de la Saône ne dépendait donc pas de la France. A plus forte raison en était-il ainsi de la rive gauche. — 2° Quand Guillaume de Saint-Amour fut exilé de France, en punition de propos qu'il avait tenus contre le Roi, il hésitait à s'arrêter à Lyon dans la partie de la ville où est l'Eglise de Saint-Jean. Mais, après examen sérieux de la question, il n'hésita pas à se montrer ostensiblement dans le quartier où se trouve cette Eglise ; il y vint à plusieurs reprises et il y resta plusieurs jours. — Le Chapitre ajoute que, dans un vieux livre, nommé *Otium imperiale*, on lit que la Province lyonnaise dépend du royaume d'Arles. — Sans doute, le diocèse de Lyon comprend des territoires dépendant de la France ; mais sa capitale est en dehors du royaume de France.—Est-ce à dire que l'Eglise de Lyon reconnaît la suprématie de l'Empereur ? — Elle n'a pas d'autres supérieurs que l'Eglise de Rome ! — « Romana Ecclesia sedem et Ecclesiam Lugdunensem habet immediate subjectas.....!»

(2) *Cartulaire Lyonnais*, n° 786, t. II, p. 482.

la démission de Philippe de Savoie, Aymar avait cru devoir prendre quelques précautions. Au mois de décembre 1282, il adressa à ses officiers de justice, et spécialement à l'official de la Cour de Lyon, Henri de Sartines, des instructions très nettes et très précises sur le devoir qui leur incombait de remettre, aussitôt après sa mort, à l'évêque d'Autun, la juridiction spirituelle et temporelle de l'archevêché de Lyon. Dans sa lettre circulaire, Aymar déclare que les droits réciproques des archevêques de Lyon et des évêques d'Autun, en cas de vacance de l'un des deux sièges, si contraires qu'ils paraissent au droit commun, sont d'une entière évidence. Leur notoriété est si grande qu'il n'y a pas de faux-fuyant ni de mauvaise foi qui puissent espérer les laisser dans l'ombre (1).

(1) La lettre d'Aymar a été publiée dans le *Spicilegium* de d'Achery, t. VIII, p. 253. Elle est adressée « Officiali Lugdunensi et omnibus judicibus temporalem et spiritualem jurisdictionem exercentibus, tam in civitate Lugdunensi quam in castris et villis ad sedem metropolitanam spectantibus, et omnibus castellanis seu deputatis vel deputandis ad custodiam castrorum vel fortalitiorum ad dictam metropolitanam Ecclesiam pertinentium. » — Il est certain pour Aymar, «nobis constat », que, en cas de vacance du siège de Lyon, l'évêque d'Autun doit, en vertu d'une ancienne coutume, prendre possession du siège métropolitain et de toute l'administration, tant au temporel qu'au spirituel, et occuper «omnia castra et fortalicia, villas et domus sedes predicte», en percevoir les fruits et les faire siens. — Réciproquement, l'archevêque de Lyon a les mêmes droits à Autun,en cas de vacance du siège d'Autun.—L'ancien évêque d'Autun,Girard de la Roche, parent d'Aymar, a usé de ce droit pendant plusieurs années, quand le siège de Lyon a été vacant par la résignation de Philippe de Savoie, « Lugdunensis electus », maintenant comte de Savoie. — Aymar lui-même a exercé ce droit quand le siège d'Autun s'est trouvé vacant par la mort de Girard de la Roche. — Il ne peut donc pas y avoir d'incertitude sur le droit.—Pour éviter qu'atteinte soit portée aux droits de l'Eglise d'Autun, Aymar demande à ses officiers, sous la foi d'un serment spécial, dès que le siège de Lyon sera vacant, pour quelque cause que ce soit, de faire immédiatement à l'Evêque d'Autun délivrance de toute la juridiction spirituelle et temporelle, de le mettre en possession, lui ou les siens, de cette juridiction et de lui donner tous les sceaux qui s'y rapportent. Aux chatelains et aux députés à la garde des chateaux et forteresses, il enjoint la remise à l'Evêque d'Autun de tous les *castra, fortalicia, villæ et domus*, appartenant au siège métropolitain. La mise en possession des représentants de l'évêque d'Autun doit avoir lieu, *pacifice et quiete*, à la première réquisition de l'évêque d'Autun. Il faut, en effet, que l'évêque jouisse librement et paisiblement du droit qui appartient à son Eglise « ex antiqua et approbata consuetudine.»— Cette lettre d'Aymar ne contient pas la moindre allusion à l'intervention possible du Chapitre de l'Eglise de Lyon. — Elle a été réimprimée par dom Plancher, *Histoire de Bourgogne*, t. I, preuves, n° 126. M. de Charmasse, *Cartulaire de l'Evêché d'Autun*, 1re partie, n° 210, la publie également d'après le *Cartulaire rouge* de l'Evêché ; mais il a eu sous les yeux un original alors existant dans les Archives de l'Evêché d'Autun.

Henri de Sartines se conforma scrupuleusesment aux instructions de son ancien archevêque. Il fit remise à Jacques de Beauvoir, en sa qualité d'évêque d'Autun, de toute la juridiction, soit spirituelle, soit temporelle, de l'Eglise de Lyon. Il se dessaisit également des sceaux particuliers aux deux juridictions, et, lorsque la lutte s'engagea entre l'évêque et le Chapitre, il fut pour l'évêque un très fidèle assistant. Son nom se rencontre dans presque toutes les pièces du procès qui sont arrivées jusqu'à nous (1).

Si l'on s'en tenait à un document que M. Guigue a publié dans le Cartulaire Lyonnais, d'après une copie du XV^e^ siècle, mais dont l'original n'a pas été retrouvé, les relations entre l'évêque d'Autun et le Chapitre de Lyon auraient d'abord été assez courtoises. Il y aurait bien eu, tout à fait à l'origine, quelques dissentiments. Mais, à la suite de diverses négociations, Jacques de la Roche finit par reconnaître, le 16 octobre 1283, que, s'il a l'administration de l'Archevêché, c'est parce que le Chapitre de l'Eglise de Lyon lui en a fait la remise, et que, dès l'instant que le Chapitre aura élu un nouvel archevêque, il devra rendre l'administration au Chapitre, qui la transmettra à son élu. Parmi les personnes qui assistèrent à cette reconnaissance figure maître Henri de Sartines, chanoine de l'Eglise Saint-Just (2).

Si la bonne harmonie a réellement existé avec l'évêque d'Autun, au point qu'il ait reconnu tenir du Chapitre l'administration qu'il avait prise en mains aussitôt après la mort d'Aymar de Roussillon,

(1) L'officialité de la Cour de Lyon pour l'évêque d'Autun pendant la vacance du siège, « pro domino episcopo Eduensi gerente administrationem Archiepiscopatus Lugdunensis, ipsius sede vacante », eut successivement pour dignitaires Aymon de Pesmes et Guichard Cellerarius. Aymon de Pesmes figure dans les actes d'octobre 1283 (Archives du Rhône, fonds de l'Eglise métropolitaine, Armoire Abel, vol. 40, 2), et de novembre 1283 *Cartulaire d'Ainay* de 1286, n° 38, p. 78); Guichard Cellerarius, chanoine de Saint-Just, dans des actes de février 1284 (*Cartulaire Lyonnais*, n° 790, t. II, p. 487), d'avril 1284 (*Grand Cartulaire d'Ainay*, n° 183, p. 417, et *Cartulaire d'Ainay de* 1286, n° 57, p. 99), de mai 1284 (*Cartulaire d'Ainay de* 1286, n° 58, p. 101); de juin 1284 (*Grand Cartulaire d'Ainay*, n° 184, p. 419), de juillet 1284 (*Cartulaire d'Ainay de* 1286, n° 56, p. 97). — Ce « Magister Guichardus Cellerarii » avait figuré, dès le 9 juillet 1272, dans un acte par lequel Aymon de Pesmes, official de Girard de la Roche, évêque d'Autun, administrateur de l'Archevêché de Lyon, « sede vacante », avait donné à bail le banvin d'août 1272 (*Cartulaire de l'Evêché d'Autun*, 2^e^ partie, n° 53, p. 291 et suiv.).

(2) *Cartulaire Lyonnais*, t. II, n° 786, p. 482.

il faut se résigner à dire que l'accord fut de courte durée, et que les plus graves différents surgirent aussitôt.

Les deux adversaires confièrent le jugement de leurs querelles à deux arbitres, auxquels ils donnèrent comme surarbitre Jocerand de Lavieu, de l'ordre de Saint-Benoît, abbé du Monastère d'Ainay. Vu l'urgence, un délai de huit jours, à partir de la Toussaint, fut assigné aux arbitres pour rendre leur sentence.

L'abbé d'Ainay, dès son premier examen du dossier, fut stupéfait de constater que les deux exemplaires du compromis, celui qui lui venait du Chapitre de l'Eglise cathédrale, et celui qui lui était présenté par les mandataires de l'évêque d'Autun, ne se ressemblaient guère : « Ex parte domini episcopi forma compromissi in multis articulis erat alia, diversa atque contraria illi forme compromissi que ex parte capituli fuerat exhibita et tradita ». L'évêque d'Autun, dont les droits traditionnels étaient méconnus par le Chapitre, se montrait particulièrement exigeant pour que l'arbitre fît état seulement de son exemplaire, menaçant l'abbé de le traiter en adversaire et de le poursuivre impitoyablement par toutes les voies de droit, s'il ne se conformait pas aux termes de son compromis (1).

Le malheureux abbé n'eut aucun effort à faire pour se convaincre qu'il devait agir prudemment et même très prudemment, *caute, immo cautissime*, dans une affaire si ardue et périlleuse pour lui. Il demanda conseil à tous les jurisconsultes étrangers au procès qu'il put rencontrer, à Durand de Champagne, à Jean de Lay et à plusieurs autres *periti in jure*. Mais ces hommes sages, *predicti sapientes*, furent unanimes pour lui répondre que l'instruction d'un pareil procès et la solution des questions posées réclamaient un long temps ; un mois et même un temps plus long ne suffiraient pas. Ils refusèrent donc nettement de donner aucun avis.

Le jour où le délai allait expirer, l'abbé d'Ainay se rendit à la cathédrale et supplia les procureurs du Chapitre et de l'évêque d'Autun de proroger la durée du compromis. Il leur affirma que, si cette prorogation était accordée, il ne reculerait devant aucun effort personnel, devant aucune dépense, pour mettre fin au débat : « cum proprio labore corporis et propriis expensis laborabimus modis omnibus quibus poterimus (2). »

(1) *Cartulaire de l'Evêché d'Autun*, 2e partie, n° 68, p. 311.

(2) *Cartulaire de l'Evêché d'Autun*, 2e partie, n° 67, p. 307 et suiv.

Le jour même, à la suite de l'exposé fait par Jocerand de Lavieu, le procureur de l'évêque d'Autun, toujours en présence d'Henri de Sartines, fit appel au Saint-Siège, plaçant sous la protection du Souverain Pontife l'évêque et ses officiers, ses biens et l'administration de l'Archevêché de Lyon (1).

Un mois plus tard, le 14 décembre 1283, nouveaux actes d'hostilité. Le scelleur, le *sigillifer* de la Cour de Lyon, agissant au nom de l'évêque d'Autun, par un premier acte, relatif aux biens de l'archevêché situés en France, plaça tous ces biens sous la protection du roi de France et de ses représentants (2). Par un second acte, le même officier, en vue de prévenir toute atteinte portée par l'archidiacre et le Chapitre de l'Eglise de Lyon aux droits de l'évêque d'Autun pendant la vacance du siège, s'adressa au Souverain Pontife et réclama son assistance (3).

La lutte allait donc continuer.

Quelques membres du Chapitre, éclairés sans doute sur la valeur des titres qui appuyaient les prétentions de l'évêque d'Autun, refusèrent de s'associer à une continuation de résistance aux officiers de l'évêque. Ils étaient évidemment en minorité et ils durent se borner à faire constater par acte public, à la sortie du Chapitre, sur les marches même de l'escalier, qu'il ne fallait plus voir en eux des opposants (14 décembre 1283) (4). Parmi les dissidents, on trouve un futur archevêque, déjà l'un des plus hauts dignitaires de l'Eglise, l'archidiacre Pierre d'Aoste.

La lutte cessa ,grâce à la nomination directe par le Souverain Pontife d'un nouvel archevêque, Raoul de Torote, chanoine de Verdun. Le nouvel archevêque, instruit des bonnes relations qui existaient entre Henri de Sartines et l'évêque d'Autun, le choisit pour son mandataire, concurremment avec un de ses amis du Chapitre de Verdun, Guillaume d'Argenteuil, et le chargea de présider à la restitution par l'évêque d'Autun de l'administration spirituelle et temporelle de l'archevêché de Lyon. La procuration par Raoul de Torote est datée du 22 juin 1284; la restitution est constatée par

(1) *Cartulaire de l'Evêché d'Autun*, 2e partie, n° 66, p. 306 et suiv.
(2) *Cartulaire de l'Evêché d'Autun*, 2e partie, n° 71, p. 318 et suiv.
(3) *Cartulaire de l'Evêché d'Autun*, 2e partie, n° 72, p. 319 et suiv.
(4) *Cartulaire de l'Evêché d'Autun*, 2e partie, n° 73, p. 320 et suiv.

des procès-verbaux des 24 et 31 juillet et du 2 août de la même année.

Chose curieuse ! Les actes constatant la restitution, ceux qui ont été conservés à Autun et ceux qui figuraient à Lyon dans les archives du Chapitre métropolitain, existent encore en originaux ; on peut les rapprocher les uns des autres. Ils ont été dressés par les mêmes notaires, Aymon de Tornafol de Monluel et André « de Quadrellis ». Et cependant ils offrent de notables différences, différences telles que l'on ne peut pas les attribuer à un accident de rédaction. Chacune des parties a voulu se préparer à l'avance des armes pour les luttes à venir.

A Autun, on lit, dans le procès-verbal de restitution, que maître Aymon de Pesmes, chanoine des Eglises de Lyon et d'Autun, mandataire de Jacques de Beauvoir, évêque d'Autun, a remis l'administration de l'Archevêché aux représentants du Chapitre, les chanoines Guichard de Saint-Symphorien, prévôt de Fourvière, et Gui de Buens. Mais cette remise a eu lieu sur l'autorisation que lui en ont donnée Henri de Sartines et Guillaume d'Argenteuil, procureurs du nouvel archevêque. « De voluntate et mandato duorum procuratorum domini electi, procuratores capituli misit in possessionem castri Petri Scisse, tradendo eis claves porte et domorum castri predicti ». Henri de Sartines et Guillaume d'Argenteuil tiennent pour bonne et valable la restitution, comme si elle leur avait été faite à eux-mêmes, et ils en donnent quittance à l'évêque d'Autun. La formule est la même pour le château de Béchevelin et pour le château de Riotiers (1).

D'après le procès-verbal destiné aux archives du Chapitre de l'Eglise de Lyon, la restitution n'a pas été si simple. Ce sont les représentants du Doyen et du Chapitre qui ont parlé en maîtres. Ce sont eux qui ont demandé au mandataire de l'évêque d'Autun, à Aymon de Pesmes, la remise de l'administration de l'Archevêché, celle des sceaux et des bulles des Cours Lyonnaises. Ce sont les représentants du Chapitre qui ont réclamé et obtenu la remise du chateau de Pierre-Scize et des châteaux de Béchevelin et de Riotiers. Ce sont eux qui sont entrés dans le château de Pierre-Scize, lorsque Aymon de Pesmes en a consenti la délivrance, « exclusis omnibus

(1) *Cartulaire de l'Evêché d'Autun*, 2e partie, n° 76, p. 324.

quos excludere voluerunt », et, à peine entrés, ils en ont fermé les portes et en ont pris possession à leur guise. — Alors seulement sont apparus, mais en dehors du château, *extra castrum*, les deux mandataires du nouvel archevêque, Henri de Sartines et Guillaume d'Argenteuil ; ils se sont présentés à la porte extérieure, pendant que Guichard et Gui, les mandataires du Chapitre, se prélassaient à l'intérieur. Ces derniers sont sortis du château et ont demandé aux mandataires de l'archevêque ce qu'ils venaient faire. Sur leur réponse qu'ils sollicitaient la remise à Raoul de Torote de l'administration du siège de Lyon, Guichard et Gui, au nom du Chapitre, déclarent qu'ils consentent à la remise. Mais ils précisent bien que c'est le Chapitre qui détient présentement et qui doit détenir l'administration ; que c'est lui qui en fait délivrance au nouvel archevêque ; que le nouvel archevêque doit reconnaître qu'il reçoit l'administration des mains du Chapitre ; et tout cela est dit en présence du délégué de l'évêque d'Autun. Ces réserves faites sans qu'il y ait de protestation, Guichard et Gui veulent bien laisser Henri de Sartines et Guillaume d'Argenteuil pénétrer dans le château ; mais il faut qu'ils prennent cet engagement : S'il arrive malheur au nouvel archevêque ou s'il est transféré dans un autre siège, le château de Pierre-Scize et l'administration de l'archevêché seront remis au Chapitre « prout consuetum est fieri a predecessoribus electi in Ecclesia Lugdunensi temporibus retroactis ». C'est seulement après toutes ces formalités qu'Henri de Sartines, déjà official du nouvel archevêque, reçoit les sceaux de l'officialité.

Et ce n'est pas tout. La garde du château de Pierre-Scize est confiée à Robert de Sartines, c'est-à-dire à un parent de l'official. Il faut que Robert donne aux mandataires du Chapitre, l'assurance, corroborée par un serment, que, si, pendant qu'il sera gardien du château, le siège archiépiscopal de Lyon devient vacant, il remettra le château au Chapitre de Lyon.

Toutes ces négociations ont lieu à l'entrée du château, *in introitu castri*, tandis que les représentants du Chapitre avaient été admis à l'intérieur sans difficulté (1).

Que reste-t-il des droits de l'évêque d'Autun ? Que sont devenues les instructions de l'archevêque Aymar ? « Mandamus vos, officialis

(1) *Cartulaire Lyonnais*, n° 793, t. II, p. 494 et suiv.

et judices, quatenus omnes jurisdictionem spiritualem et temporalem episcopo Eduensi qui pro tempore fuerit, vel suis, deliberetis, et ipsum vel suos in possessionem jurisdictionis spiritualis vel temporalis inducatis, sigilla ad dictam jurisdictionem spiritualem et temporalem pertinentia eidem episcopo, vel suis, tradatis..... »

Les mêmes formalités furent, toujours d'après le procès-verbal dressé pour l'Eglise de Lyon, remplies lors de la restitution par Jacques de Beauvoir des châteaux de Béchevelin et de Riotiers. Aymon de Pesmes remit ces châteaux aux mandataires du Chapitre et ceux-ci les transmirent à Henri de Sartines et à Guillaume d'Argenteuil, en leur qualité de procureurs du nouvel archevêque. Les chatelains des deux châteaux, Hugues de Parochia et Dalmace de Saint-Symphorien durent prendre le même engagement que Robert de Sartines.

Raoul de Torote, pendant son court archiépiscopat, qui a duré seulement du 12 juin 1284 au 7 avril 1287, a eu successivement deux officiaux, d'abord Henri de Sartines, que, dès le 22 juin 1284, il avait choisi comme mandataire pour la restitution par l'évêque d'Autun de l'administration de l'archevêché, puis Jean de Blanot.

La présence d'Henri de Sartines à la tête de l'officialité de la Cour de Lyon est attestée, dès le 28 juillet 1284, par un acte que Le Laboureur a analysé dans les Masures de l'Ile-Barbe et dont le texte intégral se trouve dans la grande Pancharte de ce monastère (1). On la suit régulièrement jusqu'au milieu de l'année suivante dans des documents originaux ou recueillis dans les cartulaires (2). Nous citerons spécialement un acte du 10 octobre 1284, auquel est encore appendu le sceau de l'officialité (3). Ce sceau, de forme ogivale, représente un personnage, vêtu d'une dalmatique ; à sa droite est l'initiale du nom de Raoul : R ; à sa gauche une fleur de lys ; le tout entouré par la légende : S. CVRIE LVGDVNENSIS. Sur le contre-sceau, on voit une main tenant une crosse, l'initiale R et la légende : S. OFFICIAL. CVRIE LVGD..

En juin 1285, « Magister Henricus de Sartines, officialis Curie

(1) *La Grande Pancharte de l'Ile-Barbe*, éditée par M.-C. Guigue, mais non encore publiée, p. 164. Cf. Severt, *Chronologia historica*, 2e édit., 1628, p. 299.

(2) Août 1284 (*Cartulaire d'Ainay* de 1286, n° 67, p. 140 ; cf. p. 117).— Septembre 1284 (*Grand Cartulaire d'Ainay*, n° 87, p. 167.)

(3) Voir *Jean de Blanot*, 1903, p. 20.

Lugdunensis », authentique encore la prise en fief dépendant de l'Eglise de Lyon, par Guigue de Sure, chevalier, de tout ce que le dit Guigue possédait dans la dime de Montellier (1).

Au mois d'août 1285, Henri de Sartines est remplacé dans le protocole des actes par Jean de Blanot, qui resta en fonctions jusqu'à la mort de Raoul de Torote (2).

Henri de Sartines disparaît alors et nous ne le retrouvons qu'en 1294, au moment où il lègue à son frère Girard de Sartines, damoiseau, ses vases d'argent et d'étain, ses ornements et vêtements sacerdotaux, ses meubles et sa bibliothèque.

***

Notre ancien et toujours regretté confrère, M. Marie-Claude Guigue, archiviste du département du Rhône, a trouvé, il y a une trentaine d'années, dans les papiers non classés des archives départementales du Rhône, et M. Léopold Niepce a publié, en 1885, dans la *Revue Lyonnaise* (3), la liste des ouvrages qui composaient le

(1) *Obituarium Lugdunensis Ecclesiae.....* par M.-C. Guigue, 1867, p. 235.—On pourrait citer encore les actes suivants dans lesquels Henri de Sartines prend le titre d'official et qui marquent la continuité de ses fonctions : — Octobre 1284 (*Grande Pancharte*, p. 268);— Décembre 1284 (*Cartulaire Lyonnais*, n° 800, t. II, p. 505);— Mai 1285 (*Grande Pancharte*, p. 272).

(2) *Cartulaire d'Ainay de* 1286, n° 62, p. 118, et n° 78, p. 150.— M. B. Hauréau, *Histoire littéraire de la France*, t. XXXII, 1898, p. 460, dit, avec raison, que, la charge d'official n'étant pas moins pénible qu'honorable, on ne l'occupait pas longtemps. — Si nous n'avions pas été retenu par la crainte de donner trop de développements à la biographie d'Henri de Sartines, nous aurions recherché, comme nous l'avons fait pour son contemporain Jean de Blanot, dans quelle mesure il a participé, soit à la rédaction des statuts synodaux adoptés, en 1286, par le Concile provincial réuni à Mâcon sous la présidence de Raoul de Torote, soit au contrat de mars 1286 relatif à l'administration temporaire des diocèses de Lyon et d'Autun pendant la vacance de l'un ou de l'autre de ces deux sièges. Ce contrat de 1286, qui détermine avec un soin minutieux les droits respectifs de l'archevêque de Lyon et de l'évêque d'Autun, et auquel figurèrent, non seulement les deux prélats, mais encore les deux chapitres des Eglises cathédrales de Lyon et d'Autun, mériterait une étude spéciale. C'est un document de la plus haute importance pour l'histoire juridique et pour l'histoire politique de la régale. Le texte a été publié par dom Plancher, *Histoire de Bourgogne*, I, Preuves, n° 129, et par M. de Charmasse, *Cartulaire de l'Evêché d'Autun*, 1re partie, 1880, n° 211, p. 227.

(3) 50e livraison. Février 1885, t. IX, p. 91 et s. Les recherches que M. Georges Guigue a bien voulu faire, sur notre demande, pour retrouver le testament d'Henri de Sartines, ont été infructueuses.

legs fait, en 1294, par Henri de Sartines, chanoine de Saint-Just, l'ancien official de la Cour de Lyon, à son frère Girard de Sartines, damoiseau (1). Les titres des ouvrages légués, bien que le rédacteur de l'inventaire, ou son éditeur, ne les ait pas toujours correctement reproduits, peuvent être facilement identifiés, et nous permettent de nous faire une idée de ce qu'était, à la fin du XIII^e^ siècle, la bibliothèque d'un official.

Henri de Sartines devait être, comme beaucoup d'autres officiaux, non seulement « *jurisperitus* », mais encore docteur en droit civil et en droit canonique, « *doctor in utroque* ». Aussi, dans la petite collection qu'il avait formée, les deux droits étaient réprésentés presque sur un pied d'égalité.

Au droit civil se rattachent d'abord deux recueils de textes : un *Digestum vetus, cum apparatu*, et un *Codex, cum apparatu*. Henri de Sartines n'avait donc ni *Infortiatum* ni *Digestum novum*. Quant à la cinquième partie du *Corpus juris civilis*, on peut, à la rigueur, la discerner dans le *Parvum Volumen, cum apparatu*, qui figure sous le n° 3 du catalogue. L'absence d'un *Infortiatum* et d'un *Digestum novum* ne surprendra pas ceux qui ont remarqué que, dans nos bibliothèques, les manuscrits du *Digestum vetus* sont incomparablement plus nombreux que ceux qui contiennent les vingt-sept derniers livres du Digeste.— Les trois volumes contenaient non seulement le texte du *Corpus*, mais encore l'*apparatus*, la glose. C'étaient, sans doute, des manuscrits venus de Bologne, analogues aux manuscrits ayant cette origine que l'on rencontre si fréquemment dans les bibliothèques publiques ou privées. On en connaît aujourd'hui de cinq à six cents exemplaires.

De ces recueils contenant les textes du droit civil, il convient de rapprocher deux ouvrages de l'illustre professeur bolonais, le commentateur Azon, mort en 1220.

La *Summa Azonis* sur le Code et sur les Institutes éclipsa dès son apparition les *Sommes* antérieurement composées, aussi bien celle du fondateur de l'Ecole de Montpellier, Placentin, que celle de

(1) Girard de Sartines, « *domicellus* », assistait, à côté de son frère Henri, à la remise, le 31 juillet 1284, de l'administration de l'Archevêché de Lyon, par le représentant de Jacques de Beauvoir, évêque d'Autun, aux mandataires du nouvel archevêque de Lyon, Raoul de Torote (*Cartulaire de l'Evêché d'Autun*, 2^e^ partie, n° 76, p. 325).

Rogerius, qui naguère passait pour la plus ancienne (1), et celle de Johannes Bassianus. Odofredus, mort en 1265, la qualifie d'*optima* et déclare que c'est d'elle que l'on se sert exclusivement : *Qua hodie utimur* (2). Il n'est donc pas surprenant qu'elle se trouve dans la bibliothèque de notre jurisconsulte lyonnais de préférence à toute autre. Les manuscrits de la *Summa* d'Azon sont encore très nombreux, preuve de la grande diffusion de l'ouvrage, et l'estime dont elle jouissait au XIII^e^ siècle a duré longtemps, notamment à Lyon. Au XVI^e^ siècle, elle a été imprimée plus de trente fois et les deux tiers de ces éditions viennent de notre ville (3). On a même fini par attribuer à Azon d'autres *Sommes*, dont il n'est pas l'auteur, mais qui étaient habituellement ajoutées à la sienne.

Henri de Sartines avait aussi un exemplaire des *Brocarda* d'Azon (4), règles de droit brièvement formulées et appuyées sur des citations extraites du *Corpus juris civilis*. Ces *Brocarda* ont été souvent désignés, comme ils le sont dans l'énumération des livres de notre official, sous le titre de *Brocardica*.

Nous rattacherons encore au droit civil le *Libellus Johannis de Blenasco*, dans lequel il est aisé de reconnaître l'ouvrage de Jean de Blanot sur le titre des Institutes *de Actionibus* (5). Il était naturel qu'Henri de Sartines eût, dans sa bibliothèque, un exemplaire de ce livre, dont l'auteur était alors fixé à Lyon, et, maintes fois official, devait vivre dans une étroite intimité avec le personnel habituel de la Cour de l'Archevêque (6).

(1) M. Hermann Fitting a résumé, en quelques pages aussi remarquables par leur clarté que par leur précision, la chronologie des *Summæ* actuellement connues. Voir le discours qu'il a prononcé le 23 février 1906 et qui a pour titre ; *Die systematischen Lehr-und Handbücher* (Summæ) *des römischen Rechts im Zeitalter der Glossatoren*, Berlin, in-8°, 31 pages. L'éminent historien n'hésite pas à placer, avant la *Summa* de Rogerius, une *Summa*, qu'il a publiée, en 1894, d'après un manuscrit de la Bibliothèque de Troyes, et que, pour cette raison, il appelle *Summa Trecensis ; Summa* dont l'auteur pourrait bien être Irnerius, « der Vater der modernen Rechtswissenschaft. »

(2) Savigny, *Geschichte*, 2^e^ éd., t. IV, § 65, p. 214, note *a*.

(3) Savigny, *Geschichte*, 2^e^ éd., t. V, § 13, p. 32 à 38.

(4) Savigny, *Geschichte*, 2^e^ éd., t. V, § 14, p. 38 et suiv.

(5) Voir *Lyon-Revue*, février 1886, p. 86 et suiv. : cf. notre *Etude sur Jean de Blanot*, 1903, p. 30 et suiv.

(6) M. Fournier a publié, dans le *Bulletin de l'Académie delphinale*, 1886, p. 346 et suiv., un vieil inventaire des manuscrits de la Grande-Chartreuse. P. 385, on trouve: « Summa

Citons enfin le *Libellus Ranfredi, cum apparatu extraordinario*, qui est l'ouvrage bien connu de *Roffredus Epiphanii, civilis scientiæ professor* (1). Le titre *Libellus Ranfredi* ne doit pas nous étonner, car on le trouve également dans un manuscrit de la Bibliothèque de Hambourg.

Dans la partie consacrée au droit canonique, Henri de Sartines avait naturellement placé : 1° le *Decretum Gratiani* ; 2° les *Quinque compilationes antiquæ* ; 3° le Recueil formé, en 1234, par Raymond de Pennafort, sur l'ordre de Grégoire IX ; 4° les décrétales les plus récentes, c'est-à-dire celles qui, postérieures à l'année 1234, n'avaient pu trouver place dans la collection grégorienne, les *Extravagantes*. Ce sont ces quatre recueils de textes que nous croyons reconnaître sous les titres suivants de l'Inventaire : « 5° *Decretales cum apparatu* ; 6° *Decreta cum apparatu* ; 7° *Decretales antiquas* ; 15° *Decretales novissimas.* »

Comme ouvrages de doctrine, nous citerons d'abord la *Summa introductoria super officio advocationis in foro Ecclesiæ, Summa* qui a pour auteur Bonaguida d'Arezzo, avocat à la Cour pontificale sous Innocent IV, puis juge et professeur de droit canonique dans sa ville natale. Ce livre, édité, en 1841, par M. Wunderlich, dans ses *Anecdota quæ processum civilem spectant*, ne peut pas avoir été composé avant 1245 ; car Bonaguida cite les canons du Concile de Lyon (2) .Peut-être est-il même postérieur à 1263, époque où Bernard de Parme travaillait encore à sa *Glossa ordinaria*, que Bonaguida paraît connaître (3). Mais il est certainement bien antérieur au testament d'Henri de Sartines et pouvait se trouver dans la bibliothèque de ce jurisconsulte.

Il nous serait plus difficile de dire quels étaient les ouvrages que possédait Henri de Sartines sur les élections, *Quosdam Tractatus factos super Electione.* Il y avait, en effet, dès la fin du XIII^e^ siècle, toute une littérature *de Electione et postulatione.* Roffredus Epiphanii avait consacré à ce sujet la première partie de ses *Libelli de*

imperfecta juris civilis Io. de Blerisco, ad Iustinianum imperatorem ; Incipit in nono folio : « Ego Iohannes.....»

(1) Savigny, *Geschichte*, 2^e^ éd., V, § 73, p. 199 et suiv.

(2) La plupart des manuscrits contiennent une formule datée de 1249 ; M. Wunderlich en conclut que le livre a été composé à cette date.

(3) De Schulte, *Geschichte der Quellen des canonischen Rechts*, t. II, p. 112.

jure canonico. La *Summula de Electione*, par *Laurentius de Sumentone, subdiaconus domini Papæ, canonicus Cicestrensis*, *summula* dont des manuscrits existent à Chartres, à Munich et à Vienne, a été composée au mois de juin 1254 (1). Le *Libellus super electione facienda*, de Guillaume de Mandagot, dédié à Bérenger de Frédol, paraît antérieur à l'année 1294, date de l'élévation de Bérenger à l'épiscopat de Béziers ; il a été probablement composé sous le Pontificat de Martin IV, de 1281 à 1285 (2). Tous ces traités pouvaient être connus à Lyon à l'époque du testament d'Henri de Sartines.

Les autres ouvrages : *Casus Decretalium*, *Summulæ*, etc., sont désignés en termes trop vagues ; nous n'essaierons même pas de les déterminer.

Il y avait, en tout, dix-sept volumes ! Nous ferions aujourd'hui peu de cas d'une aussi mince collection. Mais les savants du XIII^e^ siècle la jugeaient certainement digne d'envie. Le canoniste bolonais Bernardus Botonus, qui a composé une glose des décrétales, légua à son neveu, en 1265, tous ses livres de droit : « *Nepoti meo jure legati relinquo libros meos legales* ». Ce legs se composa de quatre volumes : un *Digestum vetus* ,un *Digestum novum*, un *Codex* et la *Summa Huguccionis*. Un autre canoniste, mort à Bologne en 1279, laissa six volumes : le *Decretum Gratiani*, le Recueil des anciennes décrétales, le Recueil des décrétales formé par Grégoire IX, un *Digestum vetus*, un *Codex* et la *Summa Goffredi*. Longtemps après, en 1337, dans la bibliothèque de Cinus de Pistoia, le maître de Bartole, on trouva quatorze livres de droit. Bartole lui-même, le grand Bartole, n'en possédait que trente (3).

Un autre renseignement, plus curieux encore, nous est fourni par l'inventaire que Boniface VIII fit dresser, la première année de son pontificat (1295), de tous les biens composant le trésor du siège apostolique (4). Sous la rubrique : *Libri juris civilis*, à côté de quelques exemplaires du *Digestum vetus*, de l'*Infortiatum*, du *Diges-*

(1) De Schulte, *Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts*, t. II, 1877, p. 114.

(2) De Schulte, *Loc. cit.*, p. 183.

(3) Savigny, *Geschichte des römischen Rechts*, 2^e^ édition, t. III, § 221, p. 599 à 604.

(4) Voir Ehrle, dans l'*Archiv für Litteratur - und Kirchen - Geschichte des Mittelalters*, t. I, 1885, p. 38.

tum novum, du *Codex* et du *Volumen* (1), on ne trouve que 1° la Somme d'Azon ; 2° le *Liber de Ordine judiciorum* ; 3° la *Summa magistri O. de arte notarie* (2), et 4°, enfin, dix cahiers d'une écriture ancienne et sans valeur, dans lesquels sont des traités de droit civil. La collection des *Libri juris canonici* n'est pas beaucoup plus riche.

Dans le livre de raison de Guillaume d'Ercuis, qui fut précepteur de Philippe-le-Bel, les mentions d'achats de livres sont très rares. En 1296, quarante sous sont employés à l'acquisition, à Orléans, de la *Somme Gaufroy*, c'est-à-dire la *Summa* de Geoffroy de Trani. En 1300, Guillaume acheta des exécuteurs testamentaires de Jean de Bruyères « VI livres de loy et une decretales », qu'il paya trente-deux livres parisis ; mais il ne tarda pas à revendre, pour vingt livres parisis, à maître Jean de Vully, trois de ces livres « de ley, Digeste nove, Digeste viez et le Petit Volume ». A sa mort, il devait deux sous parisis pour la compilation de Bernard de Parme, « duos solidos parisiensium pro antiquis casibus Bernardi (3) ».

N'oublions pas, en effet, que le prix des livres était alors incomparablement plus élevé qu'il ne l'est aujourd'hui. Sans doute, les petits livres, abécédaires ou autres, tels que « le petit livre pour le petit Robin », qu'un compte de 1378 évalue à quinze deniers (4), ne devaient pas être très rares. Il y en avait probablement dans toutes les écoles, peut-être même des psautiers et des grammaires élémentaires. Dès le XI^e^ siècle, en 1082, lorsque Robert, comte de Mortain, pour mettre au-dessus de toute concurrence l'école dépendant de l'église collégiale de son chateau, interdit toute autre école dans le val de Mortain, autorisation fut donnée aux chanoines de confisquer, au profit du trésor de leur église, les livres qu'ils trouveraient dans les écoles induement maintenues : « Constitutum est a Comite Roberto ne in tota valle Moretonii præter scolam Sancti

(1) Une mention particulière est due à un « Totum corpus juris civilis, in uno volumine, de littera subtili et pulcra ». Voir nos *Notices et Extraits de Manuscrits de la Bibliothèque de Lyon*, 1881, p. 38.

(2) Ce magister O., au XIV^e^ siècle, n'est plus fort estimé : car, dans l'inventaire de 1327, on lit : « Liber cujusdam summe notarie, nullius extimationis. » Voir EHRLE, *Loc. cit.*, p. 309 ; voir aussi l'inventaire de 1339, p. 343.

(3) LÉOPOLD DELISLE, *Histoire littéraire de la France*, t. XXXII, 1898, p. 160 et suiv.

(4) LÉOPOLD DELISLE, *Etude sur la condition de la classe agricole en Normandie au Moyen-Age*, p. 184, note 37.

Ebrulfi scola aliqua haberetur ; quod si invenirentur alicubi libri, a canonicis caperentur de scola et in thesaurum ecclesiæ ponerentur (1) ».

Mais les livres proprements dits, livres de droit ou livres de littérature, étaient certainement très rares. La lenteur avec laquelle les copies étaient exécutées ne permettait pas de mettre des exemplaires à la disposition de tous ceux qui les demandaient. La valeur de ceux qu'un chercheur privilégié pouvait se procurer était si considérable qu'une donation de quelques volumes paraissait un titre d'honneur digne d'être noté pour la postérité. On affectait en gage un manuscrit pour la sûreté d'un prêt ou pour le service d'une fondation (2). Un *Corpus juris civilis*, que nos élèves peuvent acquérir aujourd'hui pour une vingtaine de francs, représentait au XIII^e^ siècle une valeur cinquante fois plus forte (3) ».

En 1256, au cours d'une des visites pastorales d'Eudes Rigaud, archevêque de Rouen, les moines de l'Abbaye du Mont-Saint-Michel accusèrent leur abbé d'avoir dilapidé les biens de leur riche Abbaye. Parmi les griefs qu'ils articulèrent contre lui figure celui-ci : « Cuidam nepoti suo totum Corpus Legis, pulcherrimum etiam, de bonis Monasterii, sine voluntate et assensu conventus, emerat (4). »

Aux plus hauts degrés de la hiérarchie ecclésiastique, soit parmi les dignitaires des archevêchés et évêchés, soit dans les Chapitres des églises cathédrales, il y eut certainement un bon nombre d'hommes riches et instruits, aimant l'étude et possédant des manuscrits précieux. Philippe d'Harcourt, qui fut évêque de Bayeux de 1142 à 1164, avait formé une véritable bibliothèque, puisqu'il put donner à l'Abbaye du Bec cent treize volumes. Il y avait, entr'autres, tous

(1) Léopold Delisle, *Etude sur la condition de la classe agricole en Normandie*, p. 177, note 14.

(2) De la Rue, *Nouveaux Essais historiques sur la ville de Caen*, Caen, 1842, I, p, 315. En 1457, « l'Université de Caen se préoccupe d'éteindre ses dettes pour pouvoir reprendre tous les livres qu'elle a confiés en gage. » A. de Bourmont, *La Bibliothèque de l'Université de Caen*, 1884, p. 3.

(3) Dans l'inventaire du Trésor des Papes à Anagni, en 1327, un *Digestum vetus* est évalué 4 florins; un autre *Digestum vetus, cum apparatu antiquo*, 8 florins; un *Digestum novum, sine apparatu*, 6 florins ; un *Infortiatum*, avec glose, 6 florins ; les Institutes, 2 florins ; les Institutes et les *Tres partes*, 8 florins ; un *Volumen juris civilis, cum apparatu*, probablement un *Corpus juris civilis, cum apparatu*, 30 florins.

(4) *Regestrum visitationum archiepiscopi Rothomagensis*, 1852, p. 246.

les éléments d'un vrai *Corpus juris civilis* : 71° *Digesta vetera* ; 72° *Infortiata*; 70° *Tres partes et Digesta nova* ; 69° *Codex* ; 73° *Tres libri Codicis* ; 72° *Liber autenticorum*, plus le *Liber Institutionum* et les *Instituta Justiniani minora*. Le droit canonique était représenté par un «Burchardus», sans doute le *Decretum* de Burchard de Worms, par les *Decreta Gratiani* et les *Decreta Ivonis* (1).

A Lyon, au mois de mars 1238, Guillaume de Sainte-Colombe, *magister Ecclesiæ Lugdunensis*, demande à ses exécuteurs testamentaires de faire vendre ses meubles corporels et ses livres et d'en affecter le prix au paiement de ses dettes et de ses legs. Les livres sont assez nombreux ; mais, à part les œuvres d'Hugues de Saint-Victor, dont l'autorité n'était pas encore affaiblie, les livres de Guillaume de Sainte-Colombe sont des fragments de l'Ancien et du Nouveau Testament, glosés ou non glosés, des recueils liturgiques, un abrégé d'histoire et un almanach, « liber pronosticorum », c'est-à-dire des volumes sans intérêt pour nous (2).

Au XIV^e^ siècle, les bibliothèques seront plus nombreuses et plus riches.

La bibliothèque de Nicolas Le Prévost, official d'Avranches et curé de Vergoncey, mort au Mont-Saint-Michel en 1372, contenait un *Corpus juris* tout entier (*Digestum vetus*, 2 exemplaires, *Infortiatum*, *Digestum novum*, *Codex* et *Volumen*), la *Summa Hostiensis*, la *Summa Azonis*, Dynus, *de Regulis juris*, Johannes Andreæ, et plusieurs autres ouvrages de droit civil et de droit canonique, dont les auteurs ne sont pas nommés (3).

Dans le testament du cardinal Jean de Talaru, ancien archevêque de Lyon, testament daté du 23 septembre 1392 (4), on trouve la disposition suivante : Le testateur, considérant que son très cher frère, Philippe de Talaru, doyen de Chartres et chanoine de Lyon, a légué tous ses livres de droit canonique à un de leurs neveux,

(1) C'est à l'éminent historien en l'honneur duquel ces pages sont écrites que nous, Normand d'origine, nous devons la connaissance de cette donation si intéressante pour l'histoire littéraire de la Normandie. Voir M. Hermann Fitting, *Le Scuole di Diritto in Francia durante l'XI secolo*, Rome, 1892, p. 175. Cf. Becker, *Catalogi Bibliothecarum antiqui*, p. 200 et suiv.

(2) *Cartulaire Lyonnais*, n° 319, I, p. 394.

(3) *Bibliothèque de l'Ecole des Chartes*, t. XI, 1850, p. 221.

(4) Le Laboureur, *Les Masures de l'Ile-Barbe*, t. II, p 671.

Hugues de Talaru, chanoine et précenteur de l'Eglise de Lyon, lègue tous ses livres de droit canonique et de droit civil à un autre de leurs neveux, à un frère d'Hugues, Amédée de Talaru, chanoine et chantre de l'Eglise de Lyon, le futur successeur de l'archevêque Philippe de Thurey (1). Jean de Talaru lègue ensuite à l'Eglise des missels, notamment le beau missel, ayant appartenu à Charles d'Alençon, qu'il avait acquis des exécuteurs testamentaires de ce prélat (2).

Robert Lecoq, qui, après avoir été avocat du Roi au Parlement de Paris et maître des requêtes, devint évêque de Laon, fut député aux Etats généraux de 1356 et se mêla à toutes les agitations politiques suscitées par Etienne Marcel, laissa une collection de livres bien plus importante que celles des professeurs les plus renommés de son temps. L'inventaire, qui en fut dressé, le 28 avril 1362, lorsqu'ils eurent été confisqués au profit du Roi, a été publié, avec l'évaluation qu'en firent Jean de Beauvais et Sevestre de Tours, libraires à Paris. Il ne comprend pas moins de soixante-seize articles. Dans le nombre figurent bien quelques ouvrages se rapportant à l'Ecriture Sainte, à la philosophie, à l'histoire ,à la théologie ou à la littérature. Mais la plupart sont des livres de droit civil ou de droit canonique. La valeur approximative de l'ensemble, telle qu'elle résulte des prix assignés par les experts à chaque article est de trois cent cinquante quatre livres, quatre sous parisis, équivalant presque à trente mille francs de notre monnaie. On peut avouer, d'accord avec M. Delachenal (3), que cette bibliothèque d'un homme de loi, qui fut en même temps un homme d'église et un politique militant, fait bonne figure à côté de celles que possédèrent les plus grands jurisconsultes du XIVe siècle.

Pour le XIIIe siècle, nous disons, à notre tour, que la bibliothèque d'Henri de Sartines peut soutenir la comparaison avec les collections

(1) Nous avons relevé le nom d'Amédée de Talaru sur la garde d'un très curieux *Infortiatum* de la Bibliothèque de Lyon, présentement catalogué n° 366 (294 de Delandine et 1143 de Monfalcon). Voir nos *Notices et Extraits des Manuscrits de la Bibliothèque de Lyon*, 1881, p. 37 à 44.

(2) Ce manuscrit existe toujours ; il est conservé dans la Grande Bibliothèque de Lyon et est catalogué n° 1394 (1269 de Delandine).

(3) R. Delachenal, *La Bibliothèque d'un avocat du XIVe siècle*, dans *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, XI, 1887, p. 524 à 537.

qui jouissaient alors de la plus haute estime. N'était-elle pas, en livres de droit, presque aussi riche que la bibliothèque du Saint-Siège ?

Voici, en corrigeant le texte publié par M. Niepce, la liste des manuscrits d'Henri de Sartines :

1. Quoddam volumen, de diversis scripturis, cum postibus ;
2. Item Libellum Ranfredi, cum apparatu extraordinario ;
3. Item Parvum Volumen, cum apparatu ;
4. Item Codicem, cum apparatu ;
5. Item Decretales, cum apparatu ;
6. Item Decreta, cum apparatu ;
7. Item Decretales antiquas ;
8. Item Summam Aczonis ;
9. Item Digestum vetus, cum apparatu ;
10. Item Brocardica Aczonis, cum aliis scripturis, involutis de pelle ;
11. Item quosdam tractatus factos super electione ;
12. Item quedam diversa scripta, involuta de pellibus ;
13. Item Libellum Johannis de Blenasco, cum diversis scriptis ;
14. Item Casus Decretalium pro parte ;
15. Item Decretales novissimas ;
16. Item quamdam Summam introductoriam pro officio advocatorum ;
17. Diversas Summulas involutas de pellibus.

UN FRAGMENT DE " POSITIONES " EN COUR D'ÉGLISE

DANS

LA SECONDE MOITIÉ DU XIIIe SIÈCLE

Par **Robert CAILLEMER**,
Professeur agrégé d'Histoire du Droit à l'Université de Grenoble

Nous publions sous ce titre un document juridique de la fin du XIIIme siècle, relatif à des monastères des diocèses d'Amiens et de Beauvais, et qui se trouve dans le manuscrit Latin 11724 de la Bibliothèque Nationale. Ce manuscrit a été, tout récemment, dans la *Nouvelle Revue historique de Droit* (1), l'objet d'une description minutieuse de la part du savant professeur de Halle dont nous fêtons ici le jubilé. M. Hermann Fitting lui a emprunté le texte de *questiones* disputées, au XIIIme siècle, à Angers et à Paris. Ces *questiones*, comme le texte que nous publions et comme d'autres documents, de nature très diverse, que M. Fitting a énumérés dans son étude, ont été ajoutées après coup sur les feuillets blancs ou sur les marges du manuscrit, dont le contenu originaire et principal est formé par les *Libelli* de Roffredus.

Il est fort possible que ce manuscrit ait été, sinon écrit, du moins apporté à Angers au cours du XIIIme siècle. La présence, dans ces textes ajoutés après coup, des *Questiones disputate Andegauis* et de la pastourelle de Colin de Chanpiaus semble bien le prouver. Mais nous croyons que, dès la fin du XIIIme siècle et au cours du XIVme, le manuscrit a dû se trouver à Beauvais ou dans la région avoisinante. On y relève, en effet, au fo 119, ro, l'adresse émanée d'un chanoine de Beauvais, *Radulfus de Dargies*, appartenant à la famille des Dargies, alliée à la famille des seigneurs de Breteuil (2), et qui apparaît souvent, au XIIIme siècle, dans les actes de l'abbaye de Breteuil (3). Il paraît que ce chanoine Raoul eut, du temps de l'abbé de Breteuil Jean II (1270-1291), un conflit avec cette abbaye. Héritier de la famille de Hardivilliers, Raoul se prit à contester la validité des donations et des échanges intervenus entre cette famille et l'abbaye; en

(1) Tome XXIX (1905), p. 709 et suiv.

(2) Dans la première moitié du XIIIe siècle, Simon de Dargies épousa Jeanne, la seconde fille de Jean Briard et de Amicie, héritière de la maison de Breteuil. Simon de Dargies et son fils Renaud possédèrent ainsi, de 1226 à 1261, une partie de la terre de Breteuil. — De Mas Latrie, *Trésor de chronologie*, Seigneurs de Breteuil, col. 1576.

(3) Archives de l'Oise, H. 1753 : en 1249, Simon de Dargies, chevalier, seigneur de Breteuil, confirme une cession faite par un de ses vassaux à l'abbaye.

1289, une transaction mit fin à ces contestations (1). Dans l'adresse en question, Raoul écrit à l'abbé *de Pulcro Prato*, de Beaupré, monastère de Cisterciens fondé en 1135 près de Beauvais (2). Au v° du même feuillet figure une reconnaissance de dette émanée d'un certain Radulfus, peut-être le chanoine, et datée d'avril 1266 ; et aussi une autre reconnaissance, en dialecte picard, datée du 5 décembre 1266, et émanée de Beaudoin de Moy, sans doute un seigneur de Moy (Aisne, arrondissement de St-Quentin) (3). Ces deux documents ont été publiés par M. Fitting dans la *Nouvelle Revue historique* (4). Enfin des formulaires du XIV^me^ siècle, épars dans le manuscrit, se rapportent à la même région. Au f° 118, r°, se trouvent trois formules d'actes relatifs à une élection d'abbé dans le monastère de Saint-Symphorien de Beauvais : une lettre de l'évêque de Beauvais au prieur et au couvent de Saint-Symphorien pour autoriser l'élection ; une lettre du prieur aux frères pour les convoquer à cette élection ; enfin l'acte proclamant les résultats de l'élection. Une série de formulaires, insérés sur les premiers feuillets, vient aussi de la même région ; dans le second de ces actes (f° 1, v°, *super mutuo*), il est question de lettres d'obligation délivrées par le bailli de Senlis ; dans le septième (f° 2, v°, *contra parrochianos qui nolunt contribuere ad refectionem campane*), il est fait mention des coutumes de l'évêché de Beauvais ; le quatrième acte est un libelle émané de *Iohannes dictus le Feron* (f° 2, r°), et ce nom de Le Féron est celui d'une famille de Reims et de Picardie ; enfin le premier de ces actes mentionne un conflit entre deux églises, *S. Dyon.* et *S. S.* (f° 1, v° : *super spoliatione juris et procurationis annue prestacionis*) : sans doute Saint-Denis de Reims et une des nombreuses églises de Reims sur lesquelles le chapitre de Saint-Denis exerçait un droit de patronage (5). Par son écriture, le texte que nous pu-

(1) *Abrégé de l'histoire de l'abbaye de Breteuil* (voir *infra*), p. 67. — Hardivilliers est une commune près de Breteuil.

(2) On dit d'ordinaire : *Bellum Pratum*. V. Ul. Chevalier, *Répert., Topo-Bibl., h. v°*.

(3) Il y a aussi Mouy, Oise, arrondissement de Clermont. Mais la liste des seigneurs de Soyecourt et de Mouy ne comporte, au XIII^e^ siècle, aucun personnage du nom de Beaudoin. Anselme, *Histoire généalogique de la Maison de France*, 1733, VIII, p. 522 et s., 526 et s.

(4) 1905, p. 712 et s.

(5) Nous avons édité ces *Libelli* dans le volume de *Mélanges* offert à M. Gérardin, Paris, 1907.

blions, et qui est relatif à la même région, se rattache au XIIIme siècle encore ou au commencement du XIVme. Il a donc été ajouté sur le manuscrit, alors que celui-ci avait déjà été apporté d'Anjou en Beauvaisis, en Vermandois ou en Picardie.

***

Le document que nous publions plus loin occupe les fos 102 vo et 103 ro du manuscrit. Ces deux pages sont écrites sur trois colonnes, et notre texte occupe la totalité de ces six colonnes, sauf le début de la col. II du fo 102 vo, où se trouvaient déjà, avant l'insertion de notre texte, des *Questiones super Inforciato* publiées par M. Fitting (1).

C'est une longue pièce de procédure , en faveur de l'abbaye de Moreuil, contre l'abbaye de Breteuil. Elle se rattache à un conflit qui a duré plusieurs siècles entre ces deux monastères, et dont nous devons tout d'abord rappeler ici les péripéties.

Vers 1109, le seigneur de Moreuil (2) construisit à Moreuil une église, qui fut dédiée à Saint-Vaast, et qu'il donna au monastère de Bénédictins de Breteuil (3). Par cette donation, il répondait aux vœux de la papauté et des conciles qui, depuis quelque temps, menaient une vigoureuse campagne contre la détention d'églises privées par les laïcs. Mais il stipula que l'église de Moreuil ne demeurerait pas nécessairement toujours un simple prieuré dépendant de Breteuil, et que l'on établirait une abbaye à Moreuil même, dès que les revenus de l'église de Moreuil auraient suffisamment grossi pour permettre cette transformation, et pour assurer la subsistance de treize moines.

Vers le milieu du XIIme siècle, Bernard, seigneur de Moreuil, se fondant sur les termes de la donation, réclama la création de cette abbaye. L'abbé de Breteuil, Gautier, refusa, prétextant l'insuffisance des revenus du prieuré de Moreuil, et préférant sans doute, en réalité, les conserver, plutôt que de voir naître à Moreuil une abbaye rivale. On transigea en fin de compte. Une abbaye serait créée à Moreuil ; mais elle resterait, vis-à-vis de Breteuil, dans un

(1) *Nouv. Rev. Hist.*, 1905, *l. cit.*, p. 734.

(2) Moreuil (Somme, arr. de Montdidier). Il ne faut pas confondre ce Moreuil avec un autre prieuré de Breteuil, Mareuil en Ponthieu.

(3) Breteuil (Oise, arr. de Clermont) est à 20 kil. environ de Moreuil.

certain état de dépendance. Les clauses de cette transaction, qui vont donner naissance à des conflits sans fin, sont rapportées, d'une manière pleinement concordante, soit au début de notre texte, soit par le *Gallia Christiana* (1), soit enfin par des documents des Archives de l'Oise (2) et de la Bibliothèque Nationale, en particulier dans diverses histoires manuscrites de l'abbaye de Breteuil, qui ont toutes pour auteur un moine de cette abbaye au XVII^me^ siècle, Robert Wuyard (3). Il était stipulé que, quand l'abbaye de Moreuil se trouverait vacante, les moines de Moreuil devraient se rendre dans le chapitre de Breteuil pour élire un nouvel abbé, et qu'ils devraient choisir celui-ci, autant que possible, parmi les moines de Breteuil ; en cas d'impossibilité, ils pourraient élire un étranger, mais il faudrait encore le consentement de l'abbé et du prieur de Breteuil. Il était stipulé, d'autre part, que chaque année, le lundi de la Pentecôte, l'abbé de Moreuil viendrait assister à la procession des reliques de Saint-Constantien avec les autres prieurs de l'abbaye, exhiber l'obédience reçue l'année précédente, recevoir une nouvelle obédience de l'abbé de Breteuil, et lui payer, en signe de sujétion, une redevance de dix *solidi* (4). Cette transaction fut corroborée et approuvée par

(1) *Gallia Christiana*, IX, col. 801 ; X, col. 1310.

(2) Nous tenons à remercier ici M. Roussel, archiviste aux Archives départementales de l'Oise, pour l'obligeance avec laquelle il nous a donné une partie des renseignements qui nous ont permis d'écrire les pages qui suivent. Il y a, aux Archives de la Somme, un fonds de Moreuil ; mais M. Durand, archiviste, nous a affirmé que ce fonds ne contenait rien sur toute cette histoire.

(3) Histoire de l'abbaye de Breteuil par fr. Robert Vuyard, moine de l'abbaye, 1670; copie de Graves, faite en 1842, qui se trouve dans la bibliothèque des Archives de l'Oise. —*Epitome cœnobii Brithulii, collecta ex integra historia a me conscripta anno* 1670 *dum Brithuliensis cœnobita ego frater Robertus Wiard agerem*, Bibl. Nat., Latin 12.663 (documents pour le *Monasticon gallicanum*), f^os^ 162 et suiv. Ce Ms. contient plusieurs abrégés successifs, en latin et en français, sur des plans différents. — M. Combier, président au Tribunal de Laon, a publié un *Abrégé de l'histoire de l'abbaye de Breteuil écrite par F. Robert Vuyard, religieux de ce couvent en* 1670, *complétée et annotée par un autre religieux resté inconnu, de* 1670 *à* 1710, Amiens, 1883, 8°. — La transaction qui nous occupe est analysée au chap. XI de la copie des Archives de l'Oise ; aux f^os^ 186 r°, 204 v°, 216 v° du ms. de la Bibl. Nat.; à la p. 32 de l'*Abrégé* imprimé.

(4) Au début de notre texte, cette dernière clause ne figure point, et c'est là sans doute le résultat d'une omission du scribe. Plus loin, en effet, l'acte parle de cette clause (§ 17), en indiquant aussi une particularité dont on se servira dans la discussion : cette dernière clause, ajoutée peut-être après coup, ne venait, dans l'acte, qu'après la date et

l'archevêque de Reims, Sanson Mauvoisin (1140-1161), et par un évêque dont le nom ne nous est pas indiqué, un suffragant de l'archevêque de Reims (§ 10) : soit l'évêque d'Amiens, dans le ressort duquel se trouvait Moreuil ; soit celui de Beauvais, dont Breteuil ressortissait.

Dans la suite, les moines de Moreuil cherchèrent maintes fois à rejeter la tutelle de l'abbaye de Breteuil, et à élire, à leur gré et chez eux, leurs abbés. Le document que nous publions nous apprend que deux archevêques de Reims, Guillaume aux Blanches Mains (1176-1202) (1) et Albéric (1207-1218), ont, en se fondant sur l'ancien diplôme de leur prédécesseur Sanson, annulé et cassé des élections irrégulières d'abbés de Moreuil ; que le pape Alexandre IV confirma, à cet égard, les droits de l'abbaye de Breteuil. Notre texte lui-même se rattache à un conflit du même genre, intervenu dans la seconde moitié du XIII^me^ siècle, postérieurement à cette bulle pontificale. Mais nous sommes surtout renseignés sur deux conflits qui se sont produits au XIV^me^ siècle et au XV^me^.

Dans la seconde moitié du XIV^me^ siècle, tandis que Jacques Le Flamenc était abbé de Breteuil, un abbé de Moreuil, Warin, imagina de demander au pape Urbain de nommer lui-même directement les abbés de Moreuil. Il pensait que la Cour de Rome ne refuserait pas d'accéder à une demande qui augmenterait ses droits, et il espérait priver ainsi le monastère de Breteuil de ses prérogatives. Il obtint ce qu'il voulait; une bulle d'Urbain réserva au Saint-Siège la nomination des abbés de Moreuil. Mais, à la mort de Warin, le chapitre de Moreuil, ne tenant pas plus compte des droits nouveaux du pape que des droits anciens de l'abbaye de Breteuil, élut directement, à Moreuil même, le prieur claustral de Moreuil, Nicolas. Celui-ci craignit d'être déposé par le pape ; il envoya ses excuses à Rome, affirmant que son élection s'était faite dans l'ignorance de la réserve pontificale. Le pape cassa en effet l'élection, par une bulle du 6 des nones de mars 1382, adressée à l'évêque d'Amiens ; puis il installa directement Nicolas comme abbé de Moreuil. Mais le pape, mieux informé, tint compte cette fois des droits de l'abbaye de Breteuil, et les réserva

la souscription des témoins (§§ 13 et 32). — La date de cette transaction n'est indiquée nulle part d'une manière précise. L'abbé *Galterus* figure dans des documents de 1150 à 1152 ; il a été abbé pendant cinq ans environ.

(1) Ou peut-être Guillaume de Joinville, archevêque de Reims de 1219 à 1226.

pour l'avenir (1). Les tentatives des moines de Moreuil, une fois de plus, restèrent infructueuses.

Un siècle plus tard, les moines de Moreuil essayèrent encore de conquérir leur indépendance, et cette fois leurs efforts furent couronnés de succès. Ils élurent spontanément pour abbé, en 1475, un nommé Pierre de Braq ou de Brach, qui, non content de tenir ses droits d'une élection irrégulière, refusa de faire à Breteuil acte d'obédience. L'abbé de Breteuil, Jehan Papin, finit par intenter une action contre le monastère de Moreuil, devant l'official d'Amiens. Le procès aboutit, le 12 mai 1478, à une transaction, dans laquelle l'abbaye de Breteuil renonça à tous ses droits en matière électorale, et se contenta de la redevance annuelle de dix sous dûe par les moines de Moreuil, et de l'affirmation de leur obédience (2). Cet acte

(1) Une copie assez fautive de cette bulle se trouve aux archives de l'Oise, à la suite de l'histoire de Breteuil de R. Wuyart (copie de Graves), p. 234-235. Voici la clause rappelant et réservant les droits de Breteuil : « Per hec autem dilectis filiis abbati et conventui monasterii de Britolio dicti ordinis Belvacensis diœcesis, ad quos, ut asserunt, de antiqua et approbata consuetudine pertinet quod de gremio dicti monasterii de Bertolio (*sic*) persona idonea in abbatem ipsius monasterii Sancti Vedasti cum vacat pro tempore per dictos conventum ipsius monasterii Sancti Vedasti eligi debet, nullum (in) posterum prejudicium generetur. » — Cf. *ib.*, p. 115.

(2) Une copie, partielle et fautive, de cette transaction se trouve dans l'ouvrage de R. Wuyart, Bibl. Nat., Lat. 12.663, f^os^ 205 (r° et v°) et 206, r°. Voici cette copie : « Pierre de Braq par la permission diuine tres(?) humble abbé de l'Eglise et monastere de St Vuast de Moreul (et un peu apres :) car proces fust meu entre nous et les religieux abbé et couuen Nostre Dame de Bretheul, à cause de ce que les dicts religieux abbé et couuen dien et maintiennen que nous ne pouons et ne deuons faire, eslire, creé ne permectre en nostred. Eglise, apres le trepas de l'abbé, un nouuel abbé en nosd. Eglise et abbaye ; mais deuons et sommes tous tenus de aller et comparoir en leurdite Eglise et cloistre audict Bretheul, et illec faire election d'un abbé de l'vn de moynes et religieux de ladicte Eglise pour nostredicte Eglise et abbaye de Moreul, en monstrant et recognoissant que nostredite Eglise estoit et est un membre et prieuré issus d'autrement (?) de leurdite Eglise et monastere de Bretheul ; et que a cette cause nous abbé de Moreul deuons chacun an, vne fois l'an, obedience ausdictz religieux abbé et couuen de Bretheul sur ledit lieu, et paier dix solz pour ladicte obedience. Pour lesquelles causes nous ont faict appeler. Et vn peu apres : par cos^seil^ de bone gen nous auons faict l'accort quy suit : Est assauoir que election et creation faicte de nous Pierre de Braq, abbé de Moreul, sera et demeurera faitte, tellem^t^ que doresnauant en nostredite Eglise de Moreul on ne poura troubler ladite election. Mais nous abbé de Moreul et autres religieux d'illec ayant puissance de ce faire seront tenus de aller et comparoir doresnauant continuellement chacun an au Lundy de la Pentecoste faire obedience a la dite Eglise et monastere dud. Bretheul, et auec ce paier

de 1478 terminait le conflit qui, depuis plus de trois siècles, mettait aux prises les deux abbayes voisines. Les derniers droits que l'abbaye de Breteuil s'y réservait disparurent eux-mêmes, lorsque, au XVI^me^ siècle, cette abbaye tomba entre les mains d'abbés commendataires.

***

Les développements qui précèdent suffisent déjà pour montrer que l'acte que nous publions n'est pas ce que son titre ferait croire. Il est intitulé, dans le Ms.: *quedam disputationes contra subsequens instrumentum*, et l'on pourrait penser qu'il s'agit d'une discussion d'école, portant sur la valeur ou les clauses d'une formule d'acte, et ne se différenciant que par sa longueur des *questiones* qui l'avoisinent dans le manuscrit. Ce titre est trompeur à tous les points de vue. Il ne s'agit point d'une *disputatio*. L'acte énumère une longue série d'arguments juridiques en faveur de l'abbaye de Moreuil ; il ne donne aucun argument en sens contraire, en faveur de l'abbaye de Breteuil. C'est une pièce de procédure ; c'est l'énoncé des *positiones* prises par une partie, par le défendeur, dans un procès engagé. De là vient la variété de ces arguments, qui portent sur des points assez divers, que les auteurs d'une *disputatio* d'école n'auraient certes pas ainsi rassemblés. L'*instrumentum* en question ne forme qu'une partie du thème de ces *positiones*. Le procureur de Moreuil se voit opposer beaucoup d'autres documents, et cherche à en écarter la portée. Il est amené ainsi à critiquer des actes des archevêques de Reims Guillaume et Albéric, cassant des élections d'abbés de Moreuil ; puis une bulle d'Alexandre IV, confirmative des droits de l'abbaye de Breteuil en ces matières (1). Il discute aussi les conditions dans

dix sols chacun an audit jour de lundy de la Pentecoste en monstrant ladite obedience ; et a ce paier, tenir et accomplir, auons promis de faire passer... » L'original de cet acte ne semble pas se trouver aux Archives de l'Oise. Il est indiqué seulement, ainsi que la bulle du pape Urbain VI, dans un ancien inventaire du fonds de Breteuil au XVIII^e^ siècle, H. 1719, f° 18, v°, M. 6 et 7. — Cf. R. Wuyart, copie des Archives de l'Oise, p. 130 et 131.

(1) Il ne peut pas s'agir de l'acte par lequel Alexandre IV confirma, le 12 novembre 1259, les droits et les possessions de l'abbaye de Breteuil, et qui se trouve aux archives de l'Oise, H. 1723. Cet acte est muet sur Moreuil. L'histoire de R. Wuyart nous parle d'un autre acte du même pape, du 22 décembre 1255, également au profit de Breteuil (*Abrégé de l'histoire de l'abbaye de Breteuil*, p. 63 et suiv.). Mais nous ne l'avons pas trouvé ; il ne

lesquelles s'est faite l'élection d'un certain Egidius qui, avant d'être élu, résidait dans le prieuré de Bonneuil (1). Il discute enfin sur les termes du rescrit qui a saisi les juges de l'affaire, et sur les actes d'instruction qui ont déjà pu intervenir. Nous sommes en présence d'un procès véritable, avec ses aspects multiples et variés, et non pas d'une querelle imaginaire.

Il semble bien cependant que le copiste, qui a inséré cette pièce de procédure dan sle manuscrit des *Libelli* de Roffredus, ait voulu lui donner l'allure d'une dispute d'école sur une formule. C'est ce qui explique pourquoi il a si singulièrement reproduit la transaction qui sert de base au débat ; il a supprimé les noms de l'archevêque et de l'évêque, auteurs de cet acte (et cependant, plus loin, notre texte nomme expressément cet archevêque Sanson) ; il a supprimé la date et le lieu de l'acte (le *datum Remis* dont le texte parle plus loin), les noms des témoins, la clause finale ajoutée après coup (qui va donner lieu à toute une argumentation). Heureusement il n'a pas poussé plus loin ses corrections, et le reste de l'acte a dû être copié sans modifications.

Ce document est long ; même l'original était à coup sûr plus long encore, car rien n'indique que nous en possédions la fin ; l'argumentation s'arrête brusquement au bas de la colonne III du f° 103 r°. Les arguments s'amoncellent, parfois naïfs et puérils. L'acte tout entier est encombré de citations, prises d'ordinaire au Digeste, au Code, aux Novelles, au Décret de Gratien et aux Décrétales de Grégoire IX. On trouve une citation de la Glose du Code (§ 7), une du Livre de Daniel (§ 26). Le texte cite, directement et sans renvoyer à une collection de canons, deux décrétales d'Innocent IV et d'Alexandre IV, qui plus tard prendront place dans le Sexte (§ 37). Très souvent, les textes cités n'ont qu'un lointain rapport avec la question traitée, et il faut un véritable effort pour découvrir l'argument que l'on a pu en tirer. Évidemment, l'auteur du document a cherché à écraser son adversaire sous le poids de son érudition. Il ne

figure pas dans les registres des deux premières années d'Alexandre IV (1254-1256), seuls publiés jusqu'ici.

(1) Prieuré de Saint-Nicolas, à Bonneuil-les-Plessis, fondé en 1118. — *Cf. Abrégé de l'histoire de l'abbaye de Breteuil*, p. 27, 30, 44. — Nous ne savons quel est cet Egidius. La liste des abbés de Moreuil, que donne le *Gallia Christiana*, X, col. 1310 et s., ne comporte aucun personnage de ce nom. Mais peut-être cette liste est-elle incomplète.

regarde pas à la qualité des moyens ; il ne songe qu'à les accumuler pour impressionner les juges (1).

SOMMAIRE

La plus grande partie de notre texte contient la critique de l'accord établi au temps de l'abbé deBreteuil Galterus. Notre texte reproduit cette transaction, puis, dans une série de paragraphes, en fait la critique.—Tout d'abord,cet acte est sans valeur, parce qu'il ne nous donne aucun renseignement précis sur la donation de l'église de Moreuil à l'abbaye de Breteuil (1), et parce que nous ne savons ni quand, ni à quelle date ,ni sous quel Empereur la donation a eu lieu (2). — D'autre part, cet acte ne peut pas être opposé aux moines de Moreuil ; rien n'indique qu'ils aient été présents à cette transaction, qui est pour eux *res inter alios acta* (3) ; ils n'ont pas été régulièrement cités en justice (9) ; il n'y a pas eu de *cognitio causae* (10). — Quant au seigneur de Moreuil, Bernard, qui figure dans l'acte, il n'avait aucune qualité, étant un laïc, pour traiter des questions telles que l'élection d'un abbé (4); il n'a pas pu priver les moines de Moreuil de leur droit d'élection (5); une telle privation serait contraire au droit commun, qui veut que chaque monastère élise ses abbés ; et ce droit commun, même s'il a été méconnu temporairement, peut toujours être invoqué (7) ; sur des matières aussi importantes, aucune transaction n'est possible (19). — L'archevêque et l'évêque qui interviennent dans l'acte sont de même incompétents ; ils ne sont pas les juges des deux monastères en litige (15) ; ils n'ont pas été pris pour arbitres (16) ; ils n'ont aucune raison pour intervenir (14) ; en particulier, l'archevêque est incompétent pour régler quelque litige entre les ressortissants de ses suffragants (8). En tous cas l'intervention de ces personnages, purement confirmative, n'a pu valider le néant (20).

L'acte lui-même porte des traces de sa fausseté; il contient des clauses contradictoires, ou qui doivent s'interpréter dans le sens d'une indépendance absolue du monastère de Moreuil. Ainsi, d'après la phrase du début, quand on stipule éventuellement la transformation de l'église de Moreuil en abbaye, on n'indique aucune restriction aux droits de cette abbaye (6). De même, à la fin de l'acte, on déclare que Moreuil sera assujetti à Breteuil quand il n'y aura pas d'abbé à Moreuil ; donc, *a contrario*, dès qu'il y a un abbé à Moreuil, toute sujétion doit disparaître (8 et 11). Les clauses qui imposent à l'abbaye de

(1) Nous avons reproduit aussi exactement que possible le texte du manuscrit. Le document y est divisé en §§, et nous avons respecté cette division, en numérotant ces §§. Nous avons maintenu aussi toutes les particularités orthographiques du ms.On trouve, à quelques lignes d'intervalle, *littera* et *litera*, *laycus* et *laicus*, *monacus* et *monachus*, *possessio* et *pocessio*, *obscure* et *oscure*, *obiectio* et *oiectio*, *quassatio* et *quassassio*. L'écriture du ms. sépare nettement le *c* et le *t*. Notre texte écrit *conditio* et *condicio* ; on trouve *mentio*, *donatio*, *gratia*, et aussi *presencia*, *apercius*, *accio*, *excepcio*, *addicio*, etc. — Nous avons mis entre crochets : [] toutes les lettres ajoutées et la solution des abréviations. Nous avons inséré de plus, entre parenthèses : () les renvois en chiffres aux textes du *Corpus iuris civilis*, d'après l'édition stéréotype de MM. Mommsen, Krueger, Schœll et Kroll, et aux textes du *Corpus iuris canonici*, éd. Friedberg.

Moreuil une dépendance vis-à-vis de Breteuil sont donc en contradiction avec le reste de l'acte, et cela prouve sa fausseté (12). L'acte entier est bizarre et suspect ; il prévoit une difficulté (l'érection même de l'église de Moreuil en abbaye), et il ne la résoud pas, mais il en tranche d'autres qu'il n'annonçait pas (mode d'élection des abbés,et redevances dûes à Breteuil)(17-18) ; l'acte appelle l'abbaye de Moreuil tantôt *ecclesia*, tantôt *monasterium* (20). Enfin la dernière clause ne vient qu'après les noms des témoins et la date ; cet acte est l'œuvre de faussaires, qui doivent être mis en prison (13 et 32). Il ne vaut rien pour Breteuil et il se retournerait plutôt contre cette abbaye (11).

Au § 21 commence la discussion d'une série d'autres actes, privilèges épiscopaux ou bulles pontificales, que l'abbaye de Breteuil invoque à l'appui de ses droits, et dont le procureur de Moreuil, argumentant comme défendeur et par voie d'exception (*excipiendo*), critique la portée. Ce sont d'abord des lettres des archevêques de Reims Guillaume et Albéric, cassant des élections d'abbés faites à Moreuil, comme contraires aux droits de l'abbaye de Breteuil. Ces documents, dit le procureur de Moreuil, sont suspects et faux. La lettre de Guillaume s'appuie sur le privilège de Sanson : ce privilège étant de nulle valeur, l'acte de Guillaume manque de fondement (21) ; de plus il ne suffit pas de renvoyer à un privilège antérieur ; une telle référence aurait besoin d'être appuyée sur des preuves (24). L'acte de Guillaume est d'ailleurs obscur et ambigu (22) ; il n'a pas été rendu à la suite d'une procédure régulière, et ne peut faire foi (23) ; ce diplôme, comme celui d'Albéric, raconte la cassation d'élections faites à Moreuil ; il s'exprime au passé : ce n'est donc pas une sentence véritable, et les gens de Breteuil ne peuvent l'invoquer (30). Les moines de Moreuil n'ont pas eu à interjeter appel contre cet acte, car l'on ne peut appeler que d'une sentence véritable et régulière (29). Dans la forme, ces actes prêtent à la critique ; l'on n'y trouve pas de souscriptions de témoins (25 et 33) ; les mots : *datum Remis* sont insuffisants et manquent de précision (26).D'ailleurs il ne faut pas croire, sans autre preuve, ce que disent les archevêques et les légats (27) ! Enfin ces lettres de Guillaume et d'Albéric ont été produites tout récemment par les gens de Breteuil, et l'on ne peut faire grief aux moines de Moreuil de ne pas avoir déjà excipé contre elles (28).

Puis notre texte s'en prend à une bulle d'Alexandre IV, confirmant les droits de l'abbaye de Breteuil en ces matières, et ratifiant ce qui a été fait vis-à-vis de Moreuil. Cet acte est purement confirmatif des procédures antérieures ; une confirmation ne saurait valider des actes nuls en eux-mêmes (35). Bien plus ! de deux choses l'une : ou bien il y avait, dès avant cette bulle,prescription acquise au profit de Breteuil,et alors cet acte est inutile; ou bien la prescription n'était pas acquise, et, en impétrant cet acte, les moines de Breteuil ont renoncé à invoquer cette prescription (34). D'ailleurs ces questions d'élection sont des questions de possession, et non de propriété (36).

Il s'agit ensuite de l'élection d'un certain Egidius. Sans doute, les gens de Breteuil regardaient cette élection comme un précédent favorable à leurs droits ; Egidius, quand il fut élu, était, d'après notre texte, dans le prieuré de Bonneuil, dépendant de Breteuil ; les moines de Moreuil,en l'élisant,ont donc bien pris leur nouvel abbé parmi les gens de Breteuil, conformément au droit invoqué par ceux-ci. A quoi le procureur de Moreuil répond que cet Egidius n'était pas réellement un moine de Breteuil, parce qu'il ne pouvait avoir à la fois deux domiciles, Bonneuil et Breteuil, parce que le moine qui habite un prieuré ne fait pas partie de la congrégation dont ce prieuré dépend, etc. (37).

Et enfin notre document s'attaque aux actes d'instruction intervenus au cours du con-

flit spécial auquel il se rapporte. Il a été question déjà du rescrit qui a saisi les juges de l'affaire, rescrit aux termes duquel le droit des moines de Breteuil reposerait sur une longue coutume ; et le procureur de Moreuil, s'attachant à une interprétation stricte des termes de ce rescrit, refuse aux gens de Breteuil le droit de faire la preuve par titre de leurs prétentions ; la clause du rescrit : « vocatis qui fuerint evocandi » ne peut leur permettre que la preuve de la coutume (31). Nous apprenons maintenant que les juges délégués pour ce procès (peut-être deux évêques de la région, délégués par le pape) ont eux-mêmes constitué des subdélégués, et que ceux-ci ont reçu des témoins produits par les gens de Breteuil. Or, dit le procureur de Moreuil, ces subdélégués ne peuvent faire de tels actes d'instruction (38) ; leur subdélégation est irrégulière, émanant de deux juges seulement (39); enfin, pour que les parties échappent ainsi à leur juge ordinaire,il faut certaines conditions exigées soit par le droit civil, soit par le droit canonique, qui font défaut ; la *receptio testium* qui a eu lieu est donc sans valeur (40).

Texte des « Positiones »

[F° 102, v°, col. I.] — Quedam disputationes (1) contra subsequens instrumentum :

«Talis archiepiscopus et talis episcopus uniuersis presentes literas... et cet. notum facimus : cum ecclesia de Malolio (2) data fuisset monachis Brituliensibus tali conditione quod, si facultates et redditus adeo augmentarentur unde tresdecim monachi possent sustentari, quod ibidem crearetur abbacia, et (3) contentio inter te, Bernardum de Morolio, ex una parte,et te, Galterum abbatem de Britulio. Tu enim, Bernarde, postulabas ut ibidem crearetur abbacia. Tu uero, Galtere, renuebas, asserens quod non sufficiebant redditus et facultates ad creandum abbaciam. Tandem actum fuit inter uos, et a nobis approbatum : Si dictum monasterium de Morolio adeo pululauerit et redditus illius ita fuerint augmentati quod ibidem possit creari abbacia, quod Morolienses de monachis Brituliensibus sibi eligent abbatem,si ibi ydonea persona inueniatur que digna sit abbacia ; alioquin de alio monasterio, dum tamen de consilio et assensu abbatis et prioris de Britulio. Quod si abbatem habere non potuerit, in subiectione monasterii Brituliensis erit. »

1. — Primo opponitur quod non ualet dictum instrumentum, quod

(1) Ms. : *super* subponctué.

(2) *Sic*, ms. ; Corr. sans doute : *Morolio*.

(3) Corr. : *est* ?

tales dicunt priuilegium, cum dicti archiepiscopus et episcopus non asserunt quod in ipsorum presencia data fuerit,nec a quo data fuerit, nec quod ille qui dedit habuerit donandi potestatem, nec quod esset dominus dicte ecclesie, ita quod transferre posset dominium dicte ecclesie utile uel directum. Quare non ualent dicte littere. Nemo enim plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet,et pro non dato habetur quod ab illo datur qui dare non potuit de iure : ff. *de acquirendo rerum do*[*minio*], l. *traditio* (D. 41, 1, 20) ; C. *de penis*, l. II (C. 9, 47, 2) ; et Extra *de iure patro*[*natus*], c. *quod autem* (X. 3, 38, 5) ; et Extra *de dona*[*tionibus*] *inter uirum et uxorem*, c. *nuper* (X. 4, 20, 6).

2. — Preterea dicte litere non faciunt mentionem quo loco, quo die, quo anno, quo inperatore regnante talis facta fuit donatio. Quare non ualent, ut in Aut. *ut nomen inperatoris preponatur puplicis instrumentis*, § I et II (Nov. 47, c. 1 et 2) ; et in Aut. *de exibendis et intro*[*ducendis*] *reis*, § *censemus* (1) et § sequenti (Nov. 53, c. 3, § 1 et 2) ; Extra *de fide instrumentorum*, c. *inter dilectos* (X. 2, 22, 6) ; C. *de contrahenda et committenda stipulatione*, l. *optimam* (C. 8, 37 [38], 14) cum suis similibus.

3.— Preterea non scribitur in dictis litteris dictis monachis Moro liensibus,nec de ipsis,quod presentes fuerint uel alius pro ipsis,aliqua in dictis litteris fit mentio. Quare non ualent, quia res inter alios acta non nocet : C. *res inter alios acta* in nigro pariter et in rubro (2) (C. 7, 60).

4. — Preterea dictus dominus Berna[r]dus erat laycus, unde de talibus non potuit ordinare, cum tale ius spirituale non cadat in laycum : Extra *de rebus ecclesie non alienandis*, c. *cum laicis* (X.3,13, 12); et maxime ius eligendi etiam non cadit in laicum etiam patronum, ut Extra *de electione*, c. *sacrosancta* et c. *Massana* (X. 1, 6, 51 et 56). Talia enim iura spiritualia a laicis possidi non possùnt : Extra *de prescript*[*ionibus*], c. *causam que* (X. 2, 26, 7) ; XVI, q. VII, c. I et c. *laycis*, et eadem questione c. *non placuit* (D. Gr., II, C. 16, q. 7, c. 1, 24 et 23). Quare non ualuit ordinatio seu compositio predicta. Nec obstat confirmatio dictorum archiepiscopi et episcopi,

(1) Corr.: *sancimus*.

(2) C'est-à-dire que ce titre du Code (*Inter alios acta vel iudicata aliis non nocere*) peut fournir des arguments soit par les constitutions qu'il contient,écrites en noir dans les Mss. du Code, soit par son titre même, qui est écrit en rouge.

quia si tenet (1) principale, nec accessorium : C. *de le*[*gibus*] *et const*[*itutionibus*], l. *non dubium* (C. 1, 14, 5); Extra *de fide instru*[*mentorum*], c. *inter dilectos* (X. 2, 22, 6).

5. — Preterea omnis congregatio siue collegium de iure communi sibi debet eligere prelatum, et ad ipsum collegium ius eligendi prelatum pertinet pleno iure : Extra *de electione*, c. *cum terra* et c. *constitutus* (2) (X. 1, 6,14 et 47) ; et LXIII d., c. I et § *ex hiis* (Decr. Gr., I, d. 63, c. 1 et Grat. ap. c. 34); Extra *de causa pocessio*[*nis*] et *propri*[*etatis*], c. *cum ecclesia* (X. 2, 12, 3). Quare apparet quod dictus B. de premisso iure non potuit dictum monasterium Moroliense priuare.

6. — Preterea, cum modus siue conditio (3) in donatione uel uenditione apponitur, existente modo uel conditione ipso iure recinduntur donatio uel uenditio : Extra *de pigno*[*ribus*], c. *illo uos* (X. 3, 21, 4); et ff. *de in diem adiectione*, l. II (D. 18, 2, 2) ; C. *de donationibus que sub modo*, l. I et II (C. 8, 54 [55], 1 et 2). Cum ergo in dictis litteris contineatur conditio uel modus ibi : « quod si per Dei gratiam facultates dicte ecclesie adeo augmentarentur, quod ibidem fieret abbacia », nec dicatur quod illa abbacia subesse debeat monasterio Brituliensi, et dictum monasterium Moroliense factum sit abbacia, apparet quod, existente modo uel conditione predictis, Britulienses in Moroliensi non debent aliquod ius uendicare ; maxime, cum abbas non edbeat alteri abbati subesse : XXI d., c. *inferior* (Decr. Gr., I, d 21, c. 4) ; ff. *de arbitris*, l. *nam magistratus* (D. 4, 8, 4). Nam par in parem non habet inperium : ff. *ad Trebellianum*, l. *ille a quo*, in § *tenpestiuum* (D. 36, 1, 13, 4). Quare non ualent litere memorate.

7. — [F° 102, v°, col. II.] Item hoc apercius declaratur per ultimam cla[u]sulam, que in dictis litteris apponitur, que quidem est manniffesta probatio contra ipsos Britulienses. Subiectio enim est, quod aliqui teneantur eligere de gremio alterius monasterii: Extra *de consue*[*tudine*], c. *cum dilectus* (X. 1, 4, 8), et *de uer*[*borum*] *sig*[*nificatione*], c. *abbate* (X. 5, 40, 25). Item et quod aliqui eligant de consilio et assensu abbatis et prioris alterius monasterii, quia eorum electio ex alieno pendet arbitrio et consensu : Extra *de*

(1) Corr.: *si non tenet...*

(2) Corr.: *constitutis.*

(3) *Conditio* (*bis*), ms.

electione, cum in ueteri (X. 1, 6, 52), et *de arbitris*, c. *cum olim* (X. 1, 43, 7). Et est hoc contra ius commune, quia omnis congregatio debet sibi abbatem eligere : XVI, q. ultima, c. ult. (Decr. Gr., II, C. 16, q. 7, c. 43) ; XVIII, q. I (1), c. *abbas* (2), *item Pelagius papa* (Decr. Gr., II, C. 18, q. 2, c. 2 et 4) ; XVIII, q. II, c. *abbas* (Decr. Gr., II, C. 18, q. 2, c. 8), ubi dicitur quod fratres monasterii abbatem sibi eligant de suis, si habent ydoneum, alioquin de extraneis. Unde, cum dicte litere confecte fuerint contra ius commune, non ualent. Nemo enim potest mutare formam (3) iuris antiquitus constitutam : ff. *de a d ministra* [*tione*] *tu* [*torum*], *quidam decedens* (D. 26, 7, 5, 7). Et factum nouum iudicis uel pretoris iuri derogare non potest : ff. *de feriis*, l. I, § I (D. 2, 12, 1, 1). Nemo potest facere quin leges in testamento suo locum habeant : ff. *de le* [*gatis*] I, l. *nemo* (D. 30, 55). Et ius puplicum pactis priuatorum... et cet. : ff. *de pactis, ius puplicum* (D. 2, 14, 38) ; et ff. *ad legem Fal* [*cidiam*], *quod de* (4) *bonis* (D. 35, 2, 15) ; C. *de conditio* [*nibus*] *insertis*, l. II (C. 6, 46, 2), et est additio de glossa. Nota quod si aliquis soluat uel faciat, quia credebat se facere debere, et postea inuenit quod non debet, potest auctoritate propria contra uenire, ut C. *de agricolis et censitis*, l. *quemadmodum* (C. 11, 48 [47], 7).

8. — Item idem archiepiscopus inter subditos subfraganei sui non potest aliquis (5) statuere, nisi per appellationem et per negligenciam ad ipsum iurisdictio fuerit deuoluta : Extra *de officio ordinarii*, c. *pastolalis* (6) et c. *duo* (X. 1, 31, 11 et 9). Et ita, quamtum ad illum archiepiscopum, non ualuit dicta compositio. Et hec excepcio de iudice non suo quandocumque potest opponi, etiam usque ad mille annos : C. *si a non compe* [*tenti*] *iudice*, l. I et ult. (C. 7, 48, 1 et 4) ; Extra *de iudiciis, at si clerici* (X. 2, 1, 4) ; et *de consuetudine*, c. *ad nostram* (X. 1, 4, 3) ; et *de penitenciis*, c. *quod autem* et

(1) Corr. : *q. II.*

(2) Il doit s'agir ici du c. 2 (*congregatio monasterii, non episcopus, abbatem instituat*). Le c. 8, qui commence aussi par le mot *abbas*, est cité à la ligne suivante et reproduit presque textuellement : « Tamen eligant sibi fratres abbatem de ipsis si habent, sin autem de extraneis ».

(3) Ms. : *foram*[u].

(4) Corr. : *quod bonis.*

(5) *Sic*, Ms. ; corr. : *aliquid.*

(6) Corr. : *pastoralis.*

c. *omnis* (X. 5, 38, 4 et 12) ; et II, q. I, in primis (Decr. Grat., II, C. 2, q. 1, c. 1 et s). Et episcopus contra ius commune hoc facere non potuit. Quare apparet quod dicta compositio non tenuit. [F° 102, v°, col. III.] Eo enim ipso quod abbas in dicto monasterio fuit institutus, extintum fuit omne ius, si quod habuerant Britulienses, secundum (1) dicte ultime clausule ; et illud ius decetero resuscitari non potest : ff. *de solutio*[*nibus*], l. *qui res*, § *aream* (D. 46, 3, 98, 8), et *de pactis*, l. ult. (D. 2, 14, 62) (2).

9. — Item Morolienses non fuerunt super conuenti, conuicti, seu confessi, nec per contumaciam absentes, nec presentes ; quare non ualuit quod attemptatum extitit contra ipsos : ff. *que sententie sine appella*[*tione*] *re*[*scindantur*], l. I, § *ex edicto* (D. 49, 8, 1, 3) ; et III, q. IX, c. II et c. *absens* et per totam questionem (Decr. Grat., II, C. 3, q. 9, c. 2 et 13 etc.) ; Extra *de maiori*[*tate*] *et obe*[*dientia*], c. *inter quatuor* (X. 1, 33, 8).

10. — Preterea predicti archiepiscopus et episcopus hoc sine cause cognitione et conuentus Moroliensis requisione (3) pariter et assensu facere non potuerunt : ff. *de minoribus*, l. *in cause*, § *causa* (4) et l. *eciam*, § ult., et l. *patri*, § *sic* (5) *minor* (D. 4, 4, 13, pr. ; 29, 2 ; 27, 2); et ff. *de emancipationibus*, l. *nam ita damus* (6) (D. 1,7, 39); quia quod omnes tangit ab omnibus debet comprobari : C. *de auct*[*oritate*] *prestan*[*da*], l. ult. (C. 5, 59, 5) ; ff. *iudicatum solui* (D. 46, 7, ?).

11. — Preterea dicta clausula ultima partem aduersam confundit, ubi dicitur quod « si abbatem habere non potuerit, in subiectione monasterii Brituliensis erit ». Ergo, si habet abbatem, non debet in aliquo subesse, quia, quod de uno conceditur, de alio negatur : ff. *de iudiciis*, l. *cum pretor* (D. 5, 1, 12); et *de pactis do*[*talibus*], l. *ob res*, § II (D. 23, 4, 20, 2); XV, q. III, § *ex eo* (Decr. Gr., II, C. 15, q. 3, c. 2); et XXV d., § *qualis* (Decr. Gr., I, d. 25, c. 4). Et econtra tenet res :

(1) Il y a un mot omis, p. ex.: *secundum tenorem.*

(2) Cette dernière phrase, qui commence la col. III, semble se rattacher, non au § 8 précédent, mais au § 6, qui termine la colonne I.

(3) Corr.: *requisitione.*

(4) Il doit s'agir ici de la phrase finale du *princ.* du fr. 13 (D. 4, 4) : « Causa enim cognita et praesentibus adversariis vel si per contumaciam desint in integrum restitutiones perpendendae sunt. »

(5) Corr. : *si.*

(6) Corr.: *nam ita diuus...*

ff. *de condicio*[*nibus*] *et demonstra*[*tionibus*], l. *cum ita legatum* (D. 35, 1, 63); ff. *de legibus, cum lex* (D. 1, 3, 22); Extra *de constitutionibus*, c. ult. (X. 1, 2, 13). Et nota quod, licet dicte litere non ualeant pro Brituliensibus, ualent tamen pro Moroliensibus contra ipsos Britulienses, quia priuata et suspecta scriptura (1), licet non ualeat pro producente, ualet tamen contra: ff. *depositi*, l. *Publia*, § ult. (D. 16, 3, 26, 2); C. *de non numerata pecunia*, l. *generaliter* (C. 4, 30, 13).

12. — Preterea non ualent dicte littere tanquam sibi ipsi contrarie, quia per ultimam clausulam patet quod Morolienses abbatem habuerint, quod non debent subesse Britulienci (2) monasterio per locum a contrario sensu; et in alia clausula continetur « quod eligere debent de consilio et assensu abbatis et prioris de Britulio, et quod abbas quot annis et singulis X solidos reddat Brituliensi monasterio »: quod fieri non potest, quia aliquis eodem tempore non potest esse liber et seruus, et contraria et aduersa se ad inuicem non compaciuntur: XXXII, q. I, c. *cum renunciatur* (Decr. Gr., II, C. 32, q. 1, c. 9); et c' d., c. *contra morem* (Decr. Gr., I, d. 100, c. 8); ff. *de legatis* I, *si quando* (D. 30, 109); et ff. *de minoribus*, l. *in cause* in prin., II (D. 4, 4, 16, pr. et § 2); et ff. *de separatio*[*nibus*], l. I, § *illud sciendum* (D. 42, 6, 1, 10); et C. *de thesauris*, l. una, Iº Xº (C. 10, 15, 1). Et ideo dicte littere tanquam contrarie sibi adinuicem derogant: C. *de fide instru*[*mentorum*], l. *scripture* (C. 4, 21, 14); Extra *de fide instru*[*mentorum*], c. *inputari* (X. 2, 22, 13); Extra *de electio*[*ne*], c. *cum R.* (3) (X. 1, 6, 16), ubi dicitur quod factum et scriptura uelud sibi inuicem contraria alterum alteri derogant, quia contraria allegantes non sunt audiendi: Extra *de appellatio*[*nibus*], c. *sollicitudinem* (X. 2, 28, 54), et *de presumptionibus, literas* (X. 2, 23, 14); XXX, q. III (4), *quam preposterum* (Decr. Gr., II, C. 13, q. 2, c. 25), et XXXIII (5), q. VII, c. *quod autem* (Decr. Gr., II, C. 23, q. 7, c. 3), et C. *de muneribus et hono*[*ribus*] (6), l. *professio et desiderium* (C. 10, 42 [41], 6).

(1) Ms.: *sc'tura.*

(2) *Sic* Ms.

(3) Corr.: *cum inter R.*

(4) Renvois inexacts. Corr.: XIII, q. II.

(5) Le ms. porte XXXVIII, avec le V subponctué. Corr.: XXIII.

(6) La const. *Professio...* se trouve au titre : *De muneribus patrimoniorum*, et non pas au titre *De honoribus et muneribus* (41[40]).

13. — Item non ualent dicte litere tanquam suspecte et falsificate, que quidem suspitio et falsitas apparet per ultimam clausulam, que est in fine ipsarum posita litterarum post suscriptionem testium et datam literarum, quod est contra consuetudinem et stilum hactenus obseruatam et obseruatum et que hodie obseruatur: unde illa suscriptio et data non potest fidem facere clausule que sequitur ipsam suscriptionem et datam, ut Extra *de appella*[*tionibus*], c. *inquisitionem* (1) (X. 2, 28, 71); et qui producunt in iudicio scripturas, nisi ostenderint esse ueras, debent tanquam falsarii detineri, ut C. *de probationibus*, l. *iubemus* (C. 4, 19, 24).

14.—Item non ualent dicte litere, cum in ipsis non contineatur uera et iusta causa, propter quid archiepiscopus et episcopus potuerint ita ordinare quod Morolienses sibi eligerent abbatem de consilio et assensu abbatis et prioris de Britulio, qui non sit de gremio dicte ecclesie, quia, qui dicit se debere interesse electioni alicuius prelati, debet iustam et rationabilem causam allegare, alias est repellendus, ut Extra *de electio*[*ne*], c. *constitutus* (2) (X. 1, 6, 47); et concordat C. *de edicto diui Adriani tollendo*, l. ult. (C. 6,33,3); ff. *de doli exceptio*[*ne*], l. II, § *si quis* (3) (D. 44, 4, 2, 1 ?). Nemo enim sine causa legittima et accione experitur, ff. *de neg*[*otiis*] *g*[*estis*], l. *si pupilli*, § ult. (D. 3, 5, 5, 14) (4), et ff. *de administra*[*tione*] *tu*[*torum*], l. *quociens* (D. 26, 7, 9); et facit ad premissa ff. *de probatio*[*nibus*], l. *cum de indebito* (D. 22, 3, 25).

15. — Item non ualent dicte litere, cum predicti episcopus et archiepiscopus non sint nec iudices suprascripti abbatis Galteri de Britulio, nec potuit dictus episcopus [F° 103, r°, col. I.] dictum archiepiscopum sibi associare: Extra *de officio et potestate iudicis del*[*egati*], c. *super* (5) (X. 1, 29, 27).

16.—Item dicti archiepiscopus et episcopus non fuerunt arbitratores uel arbitri, nec litis contestatio facta coram ipsis, nec sententia ab ipsis promulgata in scriptis : et ideo non ualent dicte littere.

(1) Corr. : *inquisitioni*. — V. *infra* § 31 *in fine*.

(2) Corr.: *constitutis*.

(3) Corr.: *sequitur* (*?*).

(4) Dans les anciennes éditions, c'est le fr. 6, § 12.

(5) Il y a dans ce titre, deux cap. commençant par le mot *super* : les c. 15 et 27. Il s'agit sans doute du c. 27, princ.

17. — Item non ualent (1), quia non continetur in dictis literis nisi quod « questio uertebatur inter dominum Garterum (2) abbatem de Britulio et Bernardum dominum de Morolio, super eo quod dictus B. postulabat ut in ecclesia de Morolio abbas statueretur, dictus uero abbas id facere renuebat, arbitrans quod bona dicti monasterii minime sufficerent ad constituendum abbaciam »: super qua questione nichil fuit a partibus concessum nec a dictis episcopo et archiepiscopo confirmatum, sed super electione in dicto monasterio facienda et de dictis decem solidis, de quo nichil fuit actum : quare non ualent dicte litere: ff. de *transac*[*tionibus*], l. *cum Aquiliana* (D. 2, 15, 5); et C. *de transac*[*tionibus*], l. *age cum Geminiano* et l. *si de certa re* (C. 2, 4, 3 et 31); et ff. *de transac*[*tionibus*], l. *qui cum tutoribus*, § I et II° et ult. (D. 2, 15, 9, 1-2-3).

18. — Preterea arbitri uel arbitratores non possunt super aliis interponere partes suas quam super hiis super quibus inter partes questio est exorta, ut Extra *de arbitris*, l. *cum dilectus* (X. 1, 43, 6); ff. *de arbitris*, l. *non distinguemus*, § ult. (D. 4, 8, 32, 21).

19. — Preterea non ualent dicte littere, quia, et si hoc actum esset inter Morolienses et Britulienses, quod non est uerum, attamen super subiectione et statu dicte ecclesie non posset interuenire transactio uel compositio, nec arbiter posset assumi, ut Extra *de in integrum resti*[*tutione*], l. *causa* in fi. (X. 1, 41, 9) ff. *de arbitris*, l. *non distinguimus* (3), § *Iulianus* et § *de liberali* (D. 4, 8, 32, 6 et 7). Et similia non recipiunt transactionem, compositionem uel pactum, ut Extra *de transactio*[*nibus*], c. ult. (X. 1, 36, 11).

20. — Item apparet liquide quod dicte litere sunt false per ultimam clausulam ubi uocatur ecclesia de Morolio « monasterium », et in precedentibus clausulis « ecclesia de Morolio » nuncupatur; nec obstat confirmatio dictorum archiepiscopi et episcopi, quia per confirmationem nouum ius non conceditur, ut Extra *de confirmatione utili uel non utili*, c. *cum dilecta* (X, 2, 30, 4); et Extra *de priuilegiis*, c. *ex parte* (X, 5, 33, 13) cum suis concordanciis. Istis etenim (4) rationibus non ualent litere memorate.

21. — Item excipiendo proponit procuratur Moroliensis, literas,

(1) Ms. : *qualent* (=*conualent*), le *g* subponctué.

(2) *Sic.*, Ms.

(3) Corr.: *distinguemus.*

(4) *Abbrev. dubia.*

que dicuntur fuisse domini Guillelmi quondam Remensis archiepiscopi, non ualere nec a principio ualuisse, cum dicte litere falsam causam contineant, ubi dicit: « Inspecto bone memorie Sansonis priuilegio...»,cum per iura preallegata constet quod littera Sansonis non est priuilegium, et quod Morolienses non debent sibi eligere abbatem de gremio mona[s]terii de Britulio nec de consilio et assensu abbatis et prioris Brituliensis. Et ideo, non o[b]stante temporis prescriptione, debent reuocari ea que in dictis literis continentur, ut C. *si ex falsis instrumentis*, l. I et II (C. 7, 58, 1 et 2), uel possunt per exceptionem repelli, C. *si ex falsis instrumentis*, l. *iudicati exceptio* (1) (C. 7, 58, 4).

22.—Preterea o[b]scure, ambigue et indeterminate loquitur dicta litera: quare debet fieri interpretatio contra producentem literas memoratas, ff. *de contrahen*[*da*] *emp*[*tione*] *et uen*[*ditione*], l. *si in emptione* (D. 18, 1, 34); et ff. *de pactis*, l. *ueteribus placet* (D. 2, 14, 39) cum suis concordanciis.

23. — Item non ualent dicte litere nec processus, quia parte Moroliensium (2) non citata, non uocata nec per contumanciam absente nec confessa nec conuicta, lite non contestata, non iurato de calumpnia seu de ueritate dicenda, iuris ordine non seruato processit. Non enim apparet dictum archiepiscopum secundum iuris ordinem processisse. Unde, si dicat in literis suis quod inspexit priuilegium, non creditur eidem, nisi quatenus legittimis constet documentis: Extra *de probatio*[*nibus*], c. *quoniam contra falsam* (X. 2, 19, 11); et C. *de arbitris*, l. *ne in arbitris* (C. 2, 55 [56], 4). Nec enim tabellioni deputato ad conficiendum contractum creditur, ut in Aut. *de her*[*edibus*] *et Fal*[*cidia*], § III (Nov. 1, c. 2, § 1) (3).

24. — Item dicte litere faciunt mentionem de alio priuilegio seu documento. Unde non creditur secundo nisi et primum exibeatur: C. *de edendo*, Aut. *si quis in aliquo documento* (C. 2, 1, 7).

25. — Preterea non ualent dicte litere, quia non est testium suscriptio, et ideo ipsis non creditur plus quam priuate scripture, de iure, maxime que testium suscriptionem non habet, in Aut. *de instru*[*mentorum*] *cautela et fi*[*de*], § *si instrumenta* (Nov. 73, c.

(1) Corr.: *exsecutio.*

(2) Ms. : *molien.*

(3) Cette dernière phrase (*Nec enim...*) est en marge, avec un renvoi.

5) (1); et in Aut. *de her* [*edibus*] *et Fal* [*cidia*], § *scimus* (Nov. 1, c.?); et in Aut. *de instru* [*mentorum*] *cau* [*tela*] *et fi* [*de*], § *sed neque* et § *sed si quis* (2) (Nov. 73, c.? et c. 2); et concordat Extra *de procur* [*atoribus*], c. 1 (X. 1, 38, 1).

26. — Preterea non ualent litere Sansonis predicti nec litere dictorum G. et Alberici, quia non sunt in eis specialiter conscripta loca in quibus conscripta dicuntur ea que in predictis literis (3)... [F° 103, r°, col. II.] Debent enim conscribi loca in actis, in quibus acta fiunt et puplica instrumenta. Damus exemplo (4) de Susanna, quam falsi sacerdotes lapidare uolebant. Nec sufficit dicere: « Datum Remis», nisi specialiter designetur locus: ut in Daniele habetur (5), et concordat ff. *de acusatio* [*nibus*], l. *libellorum* (D. 48, 2, 3); et C. *de contrahen* [*da*] et *committen* [*da*] *stipula* [*tione*], l. *optimam* in fi. (C. 8, 37 [38], 14, 2); et Extra *de probatio* [*nibus*], c. *quoniam contra falsam* (X. 2, 19, 11).

27. — Preterea literis archiepiscopi et legati non creditur, ut expresse notatur Extra *de sententia et re iudi* [*cata*], c. *cum Belthoudus* (6) (X. 2, 27, 18), nisi quatenus... et cet.

28. — Preterea dicte litere exibite sunt modo de nouo: quare et modo de nouo excipi potest contra ipsas. Non enim erat in potestate Moroliensium... et cet. : ut (7) ff. *de doli excep* [*tione*], l. *pure*, § ult. (D. 44, 4, 5, 6); C. *de annali excep* [*tione*], l. 1 in § ult. (C. 7, 40, 1, 2); et C. *de dilationibus*, l. *si quando* et Aut. ibi posita *quod fieri* (C. 3, 11, 2, et Aut.). Et ita dictis Moroliensibus non obstat obiectio ista, s [cilicet] quod ipsi alias non exceperunt.

29. — Item non obstat o[b]iectio quod non fuit apellatum, quia non fuit facta litis contestatio, et ideo sententie nulle fuerunt, et

(1) Éd. de Schoell : *Sed et instrumenta publice confecta...* Mais la vulgate porte : *Sed et si instrumenta publice confecta sint.*

(2) Corr.: *sed et si quis* (c. 2) ou : *si quis* (c. 1) ?

(3) Il y a un mot oublié ici, tel que : *continentur.*

(4) Corr.: *exemplum.*

(5) *Proph. Danielis*, c. XIII. L'indication du *pomarium* par les vieillards ne suffit pas à légitimer leur accusation contre Suzanne. Il faut qu'ils indiquent d'une manière précise l'arbre sous lequel l'acte qu'ils lui reprochent a été commis. La discordance de leurs réponses (vers. 54 et 58) prouve la fausseté de leur accusation.

(6) Corr.: *Bertholdus.*

(7) *Ut* (*bis*) Ms.

nec fuit neccesse appellare, ut in Aut. *de reis exibendis*, (1) § *si uero* (Nov. 53, c. 4; C. *de litis contestatione*, Aut. *offeratur* (C. 3, 9, 1).

30. — Preterea non ualent litere dictorum G. et A. archiepiscoporum, non (2) nec contineant uim sententie nec uerba, prout apparet ex tenore earumdem, quia, licet contineatur in dictis literis quod ipsi quassauerunt quasdam electiones factas in monasterio Moroliense, ueruptamen ille sentencie confecte super dictis quassàssionibus non exibentur nec apparent. Sententia enim 3 promulgatur per uerba de presenti, non de preterito, et debet sententia continere uerba presentis temporis, ut C. *de sententiis et interlocutionibus*, l. *ex stipulatione* et l. *preses* et l. *cum iudex* et l. *cum Papinianus* (C. 7, 45, 7-3-11-14); et ff. *de re iudi*[*cata*], l. *in summa* (D. 42, 1, 59). Unde, cum dicte litere loquuntur de quassationibus et ille quassationes non appareant, planum est quod non ualent litere memorate: ut C. *de edendo*, Aut. *si quis in aliquo* (C. 2, 1, 7, Aut.), et cet. Unde, cum nec appareant dicte sententie, nec fuerint Morolienses citati nec conuicti nec per contumaciam absentes, apparet quod Morolienses non debuerunt appellare: ff. *de appellatio*[*nibus*], l. *a sententia* (D. 49, 1, 5); nec debent dictis Brituliensibus prodesse. Uictores enim non alias sententiis suis pro se latis pociuntur, quam si ostenderint eas rite latas: in Aut. *de hiis qui ingrediuntur ad appellationem*, § *illud* (Nov. 49, c. 1, § 1). Et sic, cum non appareat de processu habito coram dictis archiepiscopis, nec de sententiis, nec quod dicti Morolienses fuerint citati et litis contestatio facta, et hoc inficietur procurator Moroliensis, fidem non faciunt litere dictorum archiepiscoporum, quia per negationem efficitur res dubia, ut C. *quibus* (4) *ad lib*[*ertatem*] *procla*[*mare*] *licet uel non*, l. ult. (C. 7, 18, 3); et ff. *de transactionibus*, l. 1 (D. 2, 15, 1). Nec presumitur hodie pro ipsorum processibus, nisi quatenus legittimis constiterit documentis.

31. — Item non ualent litere memorate, nec iudices possunt super ipsis iudicare, cum in rescripto nulla mentio de dictis literis, priuilegiis seu sententiis habeatur, sed de antiqua et approbata consuetudine, per quam dicunt Britulienses dictum ius quod uendicant in

(1) Ms. : *Aut.* (subponctué).
(2) *Sic*, Ms. — Corr.: *cum*.
(3) Ms. : *u* (subponctué).
(4) Ms : *quibus* (*bis*).

monasterio Moroliense ad ipsos competere; nec impetrare alias potuerunt, quia quod meum est ex una causa amplius meum fieri non potest, et ingressus unius alterius operatur egressum: Inst. *de accionibus, sic itaque discre* [*tis*] (I. 4, 6, 14); C. *de contraen* [*da*] *emp* [*tione*], l. *cum res* et l. *si mater* (1) (C. 4, 38, 4 et 10); et C. *de iure docium*, l. *auia* (C. 5, 12, 6); et ff. *de contrahenda emp* [*tione*], l. *sue rei* (D. 18, 1, 16). Rescripta enim stricti iuris existunt, nec alia possunt deduci in iudicium nisi ea que continentur in eis, ut Extra *de officio et potesta* [*te*] *iudicis del* [*egati*], c. *cum olim* et c. p [rec.] et s [eq.] (X. 1, 29, 32-31-33). Nec o[b]stat illa cla[u]sula: «uocatis qui fuerint euocandi », cum tantum referatur ad consuetudinem predictam: Extra *de appellationibus*, c. *inquisitionem* alias *inquisitioni* (2) (X. 2, 28, 71).

32 (3). — Item non ualent dicte litere, sed ipso iure sunt false, cum post datam literarum et testium suscriptionem in litera Sansonis sequitur quedam clausula: «constitutum etiam fuit...et cet.» Et hoc probatur aperte [F° 103, r°, col. III.] per l. ff. *ad l* [*egem*] *Cor* [*neliam*] *de falsis*, l. *Paulus* (D. 48, 10, 16).

33. — Item non ualent dicte litere (4), sed ipso iure reprobantur, cum in ipsis non inueniatur testium suscriptio nec parcium nec tabellionis uel cancell [arii], ut C. *de fi* [*de*] *instru* [*mentorum*], l. *contractus* (C. 4, 21,17); C. *de conuenien* [*dis*] *fisci debi* [*toribus*], l. penult. (C. 10, 2, 4; (5); et ff. *de iuris et facti*, l. *in fraudem* (D. 22, 6, ?).

34. — Item non ualent litere Alexandri pape quarti, quas Britulienses uocant priuilegium, quia aut Britulienses prescripserant in huiusmodi de quo agitur, aut erant in prescribendo. Iuri prescriptionis inpetrando renunciauerunt, quoniam priuilegium et prescriptio contraria sunt, ut Extra *de prescriptio* [*nibus*], c. *ueniens* (X. 2, 26, 19); et concordat XXXII, q. I, *cum renunciatur* (D. Gr., II, C. 32, q. 1, c. 9); et ff. *de acquiren* [*da*] *po* [*ssessione*], l. *si quis* (D. 41, 2, 10) cum suis concordanciis. Quare... et cet.

(1) *Abbrev. dubia.*

(2) Le *cap.* commence par le mot *inquisitioni.*

(3) Ce § revient à la critique du privilège de Sanson. *Cf.* § 13.

(4) Il doit s'agir de nouveau des lettres des archevêques Albéric ou Guillaume, qui n'ont pas de signatures de témoins (supra, n° 25). Au contraire le privilège de Sanson est souscrit par des témoins (n^{os} 13 et 32.)

(5) Il s'agit peut-être plutôt de la c. 5, pr. et § 1 ?

35. — Item non ualent litere Alexandri pape, ubi dicitur quod « super hoc prouide factum est, ratum et firmum habentes id auctor[itate] apostolica... et cet.», quia per premissa apparet quod nichil peruide (1) aut rationabiliter factum est in premissis; et donatio, statutum et ordinatio et confirmatio que non sunt confirmari non possunt. Nam testamentum quod non est uel nullum (2) rumpi non potest: ff. *de iniusto rupto testamento*, l. *nam et si sub condicione* (D. 28, 3, 5); et aque que nondum apparet non potest constitui aqueductus: ff. *si seruitus uendicetur*, l. ult. (D. 8, 5, 21); et quod nunquam seu nondum natum est prescribi non potest: C. *de annali excep*[*tione*], l. 1, § *nemo* (C. 7, 40, 1, 1 *d*); et parieti qui nondum est seruitus non acquiritur, ut ff. *quemadmodum seruitutes amittantur* (3), l. *sicut alia* (4) (D. 8, 6, 18?). Primo enim debet esse in rerum natura id de quo agitur, nec autem querenda est iuris ratio: ff. *de iure codicillorum, quidam referunt* (D. 29, 7, 14); et ecclesie que nondum est non datur priuilegium, ut Extra *de ecclesiis edifican*[*dis*], c. *ad audienciam* (X. 3, 48, 5).

36. — Preterea circa ius eligendi attenditur pocessio et non proprietas: Extra *de re iudica*[*ta*], c. *cum Bertaudus* (5) (X. 2, 27, 18), et Extra *de iure patronatus*, c. *consuluit* (6) (X. 3, 38, 15?).

37. — Preterea non obstat quod dicitur quod idem Egidius erat monachus Brituliensis, quia, licet esset subiectus monasterio Brituliensi tempore quo in prioratu de Bonolio morabatur, non tamen erat monacus Brituliensis, quia iure ciuili non potest quis in duobus locis locum habere, ut ff. *de colle*[*giis*] *et corporibus*, l. 1, § 1 (D. 47, 22, 1,1?) (7) nec duas milicias potest quis obtinere, ut C. *qui militare non possunt*, l. *eis quidem* (C. 12, 33 [34], 5); nec duos honores potest

(1) *Sic* Ms.; Corr.: *prouide.*

(2) Ms. : *g f'.* (= *confirmari*), subponctué.

(3) Corr.: *amittuntur.*

(4) Corr.: *si quis alia* (?).

(5) Corr.: *Bertholdus.*

(6) *Consuluit* (*bis*) Ms. — Ce c. 15 ne concerne pas la question. Celle-ci est au contraire expressément traitée au c. 19 du même titre : *Consultationibus...*; il décide que le clerc institué sur la présentation du possesseur du droit de patronage est valablement institué, même si ce possesseur est ensuite évincé. Le copiste a dû renvoyer, par erreur, au c. *consuluit* au lieu de *consultationibus.*

(7) Il s'agit plutôt du § 2 de ce fragment.

quis simul habere, ut ff. *ad municipales* (1), l. *libertus* (D. 50, 1, 17, 4); nec esse monacus in diuersis locis, ut Extra *de statu monachorum*, c. ult. (X. 3, 35, 8); nec esse episcopus uel prepositus in diuersis locis uel ecclesiis, ut Extra *de concessione prebende et ecclesie non ua* [*cantis*] (X.3, 8,?) (2); nec potest quis in diuersis ecclesiis intitulari: LXX d., c. *sanctorum* (Decr. Gr., I, d. 70, c. 2). Et hoc etiam patet per quamdam constitutionem (3) Innocentii et Alexandri quarti, in quibus dicitur quod, si monachi alicuius monasterii exempti moram faciant in prioratibus, monasterio exempto, episcopus diosesanus (4), quamdiu monachi in illis prioratibus perseuerauerint, potest illos excommunicare (5). Quare... et cet.

38. — Preterea non ualet receptio testium ex parte Brituliensium productorum, cum examinati fuerint a subdelegatis subdelegatorum iudicum, quod fieri non debet: Extra *de appellationibus*, c. *cum causam que* (X. 2, 28, 62), et cet.

39. — Preterea subdelegatio ista facta fuit a duobus iudicibus tantummodo; quod fieri non debuit: ff. *de re iudi* [*cata*], l. *duo ex tribus* (D. 42, 1, 39); ff. *de exercitoria*, l. II, § *si plures* (6) (D. 14, 1, 1, 25); ff. *de arbitris*, l. *si in tres* (D. 4, 8, 17, 7). Quare... et cet.

40.— Preterea alia ratione non ualet dictorum testium receptio, quia, cum aliquis consentit in non suum iudicem, tria sunt neccessaria, uidelicet quod ille in quem consentitur presit alicui iurisdictioni ordinarie, per l. C. *de iur* [*isdictione*] *o* [*mnium*] *iu* [*dicum*], l. *priuatorum* (C. 3,13, 3); item quod partes, que consenciunt in iudicem alienum, sciant ipsum non esse suum iudicem, et quod expresse consenciant in non suum iudicem. Alias non tenet consensus : C. *de iur* [*isdictione*] *o* [*mnium*] *iudicum*, l. I (C.3,13,1); et ff. *de iur* [*isdictione*]

(1) Corr.: *municipalem.*

(2) Le texte n'indique aucun c. Il s'agit sans doute du c. 9, qui défend le cumul des prébendes.

(3) Corr.: *quasdam constitutiones.*

(4) *Sic*, Ms.

(5) Il s'agit : 1° d'une décrétale d'Innocent IV, promulguée à l'occasion du Concile de Lyon de 1245, et qui fut insérée dans la bulle d'Innocent IV *ad expediendos*, n° 33. — 2° d'une décrétale d'Alexandre IV, promulguée en 1256 ; Potthast, n° 18117. — Les deux textes ont pris place dans le *Liber Sextus*, 5, 7, *de privilegiis*, 1 et 4.

(6) Le § *si plures* est le dernier § du fr. 1 ; la phrase qu'il contient se continue au fr. 2 ; c'est ce qui explique la méprise de notre texte qui indique à tort ce fr. 2. Ce texte, qui prévoit le cas de plusieurs *exercitores*, n'a qu'un très lointain rapport avec la question.

o[*mnium*] *iudicum* (1), l. *si per errorem* (D. 2, 1, 15). Quartum est neccessarium de iure canonico, s[cilicet] quod iudex consencientis consenciat, ut III, q. VI, c. *non liceat* (Decr. Gr., II, C. 3, q. 6, c. 14) (2).

(1) Ce titre du D. a pour rubrique les seuls mots : *De iurisdictione.*

(2) Ce texte est plus radical que ne l'indique notre document. Il prohibe absolument la substitution d'un juge étranger au juge ordinaire. Cf. aussi les c. 12, 13, 15 de la même question.

The theory of the source of Political Authority, in the Mediæval Civilians to the time of Accursius

A. J. CARLYLE, M. A. Lecturer (late Fellow)
of University College Oxford

The great jurists of the digest recognise one and only one source of political authority in the Empire, that is, the Roman people, and the Emperors themselves, as late as Justinian, acknowledge this as the true theory (1). I propose to enquire what was the position taken up by the Mediæval Civilians down to the middle of the thirteenth century, with respect to this theory, and the conclusions which they derive from it with regard to the nature of political authority. These jurists naturally re-state the theory of the Corpus Juris, but they do not merely re-state it, they also discuss with some care the bearing of the theory on the political conditions of their own time.

We may find a convenient starting point for our discussion by noticing a definition of the « *Universitas* » and its functions, which we find in a little treatise «*De Aequitate* » which the illustrious jurist, -to whom as some recognition, of his great services to the advancement of learning, and of the debt which we personally owe him, we désire to dedicate this work, has edited and has ascribed to Irnerius.

It is the function of the Universitas, that is of the Populus, says the author of this treatise, to care for the individual men who compose it, as for those who are its members, and hence it comes that it makes law, and interprets and expounds the law when made, since it is by the law that men are taught what they should do, and what they should not do (2). We may compare with this a gloss of Irnerius on Papinian's définition of «*lex*», in which Irnerius treats the «*populus*» as being identical with the «*respublica*» and says that the «*populus*» commands in virtue of the authority of the «*Uni-*

(1) Cf. Digest, I, 3,32. Gaius Inst., I, 1, 7. Dig., 1, 2, 2. Dig., 1, 3, 1, 2. Dig., I, 4, 1. Cod., I, 14, 4. Cod. I, 17, 7.

(2) Irnerius. De Aequitate, 2. « Universitas », id est populus, hoc habet officium, singulis scilicet hominibus quasi membris providere. Hinc descendit hoc ut legem condat, conditam interpretetur et aperiat, quoniam lege prefinitur quod unusquisque sequi vel quid debeat declinare. »

versitas » and undertakes obligations in the name of its individual members (1).

We may again compare with this an interesting phrase in that treatise on the fiftieth book of the Digest which Savigny identified as the work of Bulgarus. The author is commenting on a saying of Paulus, in which it is laid down that individuals are not allowed to perform those actions which belong to the public duty of the magistrate, lest this should prove the cause of disorder, and he explains this by saying, that judicial authority has been established lest individuals should make laws for themselves, this power is reserved to the «*Universitas*» that is, the «*populus*», or to him who represents (obtinet vicem) the Universitas, as the magistrate does (2). It is interesting to observe that we have here not only a statement of the supreme authority of the «*populus*», but also of the doctrine that all magisterial authority is representative.

We have in these passages a clear exposition of the principle that the legislative authority of society is foundid upon the natural relation between a society and its members, and that if this authority is entrusted to any particular person, it is in virtue of some representative character.

We can now go on to notice that these general conceptions find a concrete exemplification in the position of the Roman people, and of the Roman Emperor upon whom the Roman people have confered their authority. In the « *Summa Codicis* » which Professor Fitting has edited, and which he has attributed to Irnerius, we find a phrase analogous in its general conception to that which we have just quoted from the « *De Aequitate* », with regard to the relation of the « *Universitas* » or « *Populus* » to its members, but this phrase

(1) Irnerius. Glosses on digestum vetus (ed. E. Besta) Dig., 1, 3, 1. Lex est (1) v. reipu blica. J. s. populi, quod unum et idem est re ipsa, secundum diversas inspectiones hec nomina recipit : populus universitatis jure precipit, idem singulorum nomine promittit et spondet.

(2) Bulgarus *Commentary on digest.* L. 17, 176 (in Cujas « Opera » Modena, 1780, vol. 8, p. 814) « Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit majori tumultus faciendi ». Vigor judiciarius ideo est in medio constitutus ne singuli jus sibi dicant. Non enim competit singulis, quod pessimum est, tantum universitati, vel ei qui obtinet vicem universitatis, id est populi, qualis est magistratus : alioquin contingeret occasio majoris tumultus ».

also transfers this general conception to the case of the Roman state. The authority to make laws belongs, the author says, to the Roman people, and to the prince to whom the people have given this authority, for it is the duty of the people or the prince to care for the individuals, as those who are members and children of the state (1). The Roman Emperor exercises the legislative authority in virtue of the fact that the Roman people has given him authority, his action is that of a representative or, as Placentinus, in a passage setting out the source of legislative authority, calls him, a vicar (2).

We need not multiply citations to prove that the mediaeval civilians, with whom we are dealing, have all accepted from the Corpus Juris the principle that the authority of the Roman Emperor is derived from the grant of the Roman people. They not only repeat the phrases of the Digest or Code, but it is clear that they accept these as the foundation of their theory of political authority.

We must now take the matter a step further, and consider the theory of these jurists as to certain questions that arise out of these principles. The ancient lawyers, while stating that the people had conferred all their authority upon the Emperor, do not expressly say whether, in doing this, they had renounced altogether their own authority, or whether they could possibly still exercise this either by direct legislation or by the force of custom. It is true that Justinian at least in one passage of the Code speaks of the Emperor as being actually the sole legislator (3),

(1) Irnerius *Summa Codicis*, I, 14, 3. « In condendis legibus spectandum est, a quo et quomodo condi debeant. Is quidem auctoritatem condendae habet qui potestatem precipiendi habet. Ergo populus Romanus, ille immo cui a populo hoc permissum est : principes enim hanc facultatem habent. Nam populo seu principi hoc officium imminet ut singulis hominibus provideant ut filiis propriis seu membris. »

(2) Placentinus « *Summa Institutionum* 1, 2». Quæri postest quare lex sicut caeterae juris partes, non pluraliter, sed singulariter designatur, forte ideo quia populus ab initio communem potestatem habuit, et postea ab eodem in plures transfusa est, in principes, consules, prætores, imperatores, Principis placitum est imperialis sanctio, quæ per excellentiam vocatur constitutio, quod enim principi placuit legis habet vigorem, id est vicem, nam cum Imperator proprie sit *vicarius* ejus censura licet non sit lex, legis habet vigorem.

(3) Cod. I, 14, 12. « Vel quis legum ænigmata solvere et omnibus aperire idoneus esse videbitur nisi is, cui soli legis latorem esse concessum est. Explosis itaque hujusmodi ridiculosis ambiguitatibus tam conditor quam interpres legum solus imperator juste existimabitur.

but how for this phrase represents the general judgment of the ancient jurists is uncertain.

Here is just the point on which our mediæval civilians differed or were doubtful ; there were those who maintained that the people had in such a sense tranferred their authority to the Emperor, that they could not resume it, and that even the custom of the people had lost its authority in making and unmaking law, while others were inclined to hold that the people retained something of their old power, or at least the right of resuming it. On the one side, we find, along with others whose names we cannot recover, Irnerius, in a gloss, Placentinus, and Roger, and on the other side Bulgarus, Joannes Bassianus, Azo and Hugolinus, and their view again seems to have been supported by others whose names are unknown.

In one of the glosses of Irnerius on the Digest which Savigny published, we have a comment on the saying of Julianus that custom has the force of law, makes and unmakes law ; Irnerius urges that this was once true, but that the statement belongs only to the time when the people had the power of making laws, but nowadays when this power has been transferred to the Emperor, the custom of the people can no longer abrogate a law (1).

Placentinus is even more emphatic in his assertion of the view that the people have wholly parted with their authority. He describes « our law » as written and unwritten, but the latter, he says, cannot abrogate the former, for the people have transferred their authority to the prince and have reserved none to themselves and he explains away the phrase of Julianus (Dig. 1, 3, 32), by saying that this only means that unwritten laws are abrogated by other unwritten laws, that is, one custom by another (2). The judgment of Roger,

(1) Irnerius. *Gloss. on Dig.*I,3, 32 (in Savigny *Geschichte des Römischen Rechts.* Vol. IV, p. 459. « Loquitur haec lex secundum sua tempora, quibus populus habebat potestatem condendi leges, ideo tacito consensu omnium per consultudinem abrogabantur. Sed quia hodie potestas translata est in imperatorem, nihil faceret desuetudo populi.

(2) Placentinus. *Summa Institutionum* I, 2. « Jus autem nostrum, aliud scriptum, aliud non scriptum : non scriptum dicitur, quod moribus continetur, moribus inquam Romanis introductis et longævis, id est memoriam excedentibus : sed jus tamen istud jura scripta non abrogat ut C. de long. consuet (Cod. VIII, 52 (3)2. Nam populus in principem transferendo communem potestatem, nullam sibi reservavit, ergo potestatem

in his commentary on the Code, is equally clear. He sets out indeed very plainly that the legislative authority of the people preceded that of the Emperor, and that it was from them that the Emperor had received his authority ; but this only brings out more clearly the fact that he maintains that « now » only the Emperor and the man to whom the Emperor has granted authority, can make such laws as are required to meet new circumstances (1).

We might have supposed from the confident tone of these statements that this is the only view generally current among the civilians in the twelfth and thirteenth centuries. When however we examine the literature more carefully we discover that there is quite another tradition among them.

Te collection of « *Dissensiones* » of the great lawyers contained in the Codex Chisianus, which has been edited by Haenel, includes a very elaborate discussion of the relations of Custom and Law, and of the effect upon the authority of Custom of the terms under which the people created the Emperor. Some writers are mentioned as maintaining that no custom can override the written law, and this for the special reason that the prince is now the sole legislator, again some are mentioned as maintaining that only a universal custom which is approved by the prince can over-ride written law.

But on the other hand, against these views are cited those of others who maintained that either generally, or in certain cases custom still prevailed against law. Some are cited as maintaining that customs which are contrary to law are to be observed, when they are of such a nature that they could be confirmed by an agreement or contract, but not otherwise. Others again are said to

leges scriptas condendi, interpretandi, et abrogandi. Nec obstat quod in ff de jure (Dig. I, 3, 32) dicitur, leges moribus abrogari, sic enim intelligo leges non scriptas contrariis legibus non scriptis, id est moribus tolli..... Lex est quod populus universus constituebat, ac si diceret : hodie non constituit nec destituit.

(1) Roger. « *Summa Codicis* » I, 12 (7) « Ideo primum posuit de legibus quam constitutionibus, quia primum condite fuerunt leges a populo quam ab imperatore, cum dictum sit quod populus transtulit ei et in eum potestatem omnem : sic ergo inspexit ad originem potius quam ad dignitatem..... In condendis legibus inspicitur qua de causa sint condende, qua in re sint condende, et qualiter sint condende, in qua vi et potestate sint condende. Causa : veluti si novum negotium emergat, quod non sit lege decisum ; quam olim populus habuit potestatem vel cui populus concedebat, nunc solus imperator vel cui imperator concedit.

hold that a written law, which has been ratified by custom, cannot be abrogated by custom, but if the written law has not been ratified, then custom can in some cases render the law void. Others again held that a good custom can abrogate law but not a bad one. More important still, however, is the opinion of those who maintained that, while the custom of the people, which has grown up through their ignorance of the law, cannot override the law, that custom which the people deliberately have adopted in contradiction to the law, does amend it; and again, the view, that while a merely local custom cannot over-ride the law, the universal custom of the people of the whole Empire does do this (1). It is clear that

(1) « *Dissensiones Dominorum* ». Codicis Chisiani Collectio» (ed. Haenel), 46. « Differunt : Quidam dicunt quod nulla consuetudo juri contraria, sive sit generalis sive sit specialis, abrogat vel derogat legi scriptæ, arg. Dig. (XLVII, 12, 3 et 5) et hoc dicunt maxime ea ratione, quia solius principis est, hodie condere legem intelligendam ita et solius est ejus, hodie legem intelligere. Dicunt legem vero scriptam juri contrariam consuetudinem abrogare et sic, ubi invenitur, consuetudinem tollere ; nam est lex scripta et ejusmodi lex non scriptam tollit. Sed quod dicitur : « aut legem tollit aut rationem » ut Cod. (VIII, 52 (53),2, respondent : consuetudo non tollit legem scriptam cum ratione, ut Cod. (VI,2,22, § fin) veluti quum res viro commodata est et eam uxor surripuit, non teneatur uxor furti actione, scilicet ne aliqua causa seditionis oriatur. Plac. Alii autem dicunt, consuetudinem juri contrariam demum servari debere, quæ pacto expresso potest confirmari : nihil enim aliud est consuetudo quam tacitum pactum ut Dig. (I, 35). Dicunt ergo, in hoc casu consuetudinem non vincere legem, in quo pactum expressum non admittitur; veluti ut partus non matris sed patris sequatur conditionem ; nec consuetudo ut pote tacitum pactum observatur (Albericus). Item argumentum pro hoc est in Cod. (IV, 32, 26) et Cod. (V, 20). Sed respondent quod expressim hoc cavetur in lege. Alii autem distinguunt, an consuetudo juri contraria sit generalis, vel specialis: ut, si sit generalis, quæ ab omni populo imperii observatur indistincte, et per eam scripta lex abrogatur, et dicunt, senatum posse hodie condere legem et abrogare. Si vero consuetudo specialis sit, puta alicujus municipii vel civitatis, distinguunt, si sit communi consensu utentium comprobata, quod potest adparere, si talis consuetudo sit aliquando contradicto judicio confirmata ; alias vero non vincit sed vincitur. Nec obstat, quod in Dig. (XLVII, 2, 3, 5) dicitur quia scripta principalia post contrariam municipii legem latam fuisse intelligitur. Item sententiam illam, quæ prima facie videtur mulcere aures audientium, scilicet, nec consuetudo juri contraria eo casu admittatur, in quo pactum expressum contra leges valet, dicunt omnino reprobandam. Quum enim consuetudo omnes teneat etiam infames et furiosos, et omnes omnino et qui pacisci non possunt, constat, ipsam non esse tacitum pactum, nam si esset, obligaret eos, ut Dig. (XIX,2, 14)-et Dig. (XLVI, 8) et Dig. (XXXIII, 5, 8, 2) Arg. contra, Dig. (XXIV, 3, 2) Joannes Bassianus. Alii dicunt, generalem dumtaxat consuetudinem, et eam solam quam princeps patitur, vincere legem. Iudices, quum judicant, necesse

the civilians who are referred to, unfortunately only very occasionally by name, were greatly divided, that, while there were some who held that the Roman people had completely transferred their authority to the Emperor, there were others who maintained that the Roman people had always reserved to themselves the authority which they had exercised through their custom.

In the works of Azo and specially of Hugolinus we findthese positions drawn out more completely, and the conclusions which might be founded on them more explicitly stated. Azo discusses the question of the force of custom in commenting on that rescript of Constantine which sets forth the authority of custom, but also limits this by the principle that custom cannot override either reason or law (1). What, he asks, is the authority of custom ? It makes, it abrogates, and it interprets law, and he cites Dig. 1,3,32,33 and Inst. 1,2,9. There are however he adds certain persons who maintain that these laws are ancient, and that the true principle nowadays is represented by the phrase in Constantines rescript, and that all power has now been transferred by the people to the prince; or again such persons maintain that the principle of Dig. : 1, 3, 32, only applied to the case of customary laws, which could be over ridden by custom, or the authority of a general custom which had

habent parere legis auctori,id est, principi magis, quam auctori specialis consuetudinis et populo cujusque civitatis vel municipii. Alii dicunt vero, si lex scripta sit adprobata consuetudine, tunc non posse vinci consuetudine, arg. pacti. quod consensu solo contrahitur, contrario dissensu dissolvituri si statum sit in finibus pacti : si ultra esset processum non solo consensu dissolvitur, s, statum sit in finibus rescinditur. Sic de lege, quum sit consuetudine adprobata, quasi duplici auxilio munita. Alii dicunt consuetudinem bonam vincere legem, malam consuetudinem non vincere legem. Alii autem dicunt, quod si populus sciens utatur contra legem, tollitur lex; si vero ignorans, non tollitur, quia magis errare creditur. Sed secundum hoc melioris conditionis sunt delinquentes, quam innocentes. Sed quare generalis observatur, ubique specialis, saltem in eo loco ; ubi non est inducta, non est observanda. Respondent, quia generalis princeps est auctor, unde parere necesse est. Specialis autem consuetudinis auctorem esse populos cujusque civitatis seu municipii, cui parere nemo de jure adstringitur, et hoc probat Al (Albericus).Sed quæritur si homines diversarum provinciarum quæ diversas habent consuetudines, sud uno eodemque judice litigant, utram earum judex, qui judicandum suscepit, sequi debeat. Respondeo eam, quæ potior et utilior videtur; debet enim judicare secondum quo melius ei visum fuerit. Secundum Aldr. (Aldricum).

(1) Cod. VIII, 52 (53), 2. Consuetudinis ususque longævi non vilis auctoritas est: verum non usque adeo sui valitura momento ut aut rationem vincat, aut legem.

the sanction of the prince; we should be careful to consider whether a law which is opposed to a custom, followed or preceded it; in the former case, the law will override the custom in the latter the custom willover ride the law (1) The discussion is very much on the same lines as that of the Codex Chisianus, but it is fairly clear that Azo himself looks upon the custom of the Roman people as still possessing the force of law. His meaning in this passage finds the best comment in another passage of his work on the Code, in which he discusses the nature of law, and the persons by whom law can be made. He mentions first the Emperor, who is to make law with the advice of the « *proceres sacri palatii* », and of the Senate, then the Praetorian Prefect, and those persons to whom the Emperor gives this authority ; finally he adds, perhaps even today the Roman people can make law, for though its authority has been transferred or conceded to the Emperor, this does not mean that the people has wholly abdicated it. Once before, the people transferred their authority, but afterwards they resumed it (2).

(1) Azo. *Summa Codicis* VIII. Rub. Quæ sit longa consuetudo (53), 6. « Quanta est consuetudinis auctoritas ? Et quidem videtur quod consuetudo sit conditrix legis, abrogatrix, et interpretatrix, ut ff. de leg. et senatus cons. l. de quibus, §ultimo, et l. nam imperator (Dig. I, 3, 32 et 38) et Inst de jur. nat. § ex non scripto (Inst. 1,2,9). Sed quidam dicunt quod illae leges antiquæ sunt, hodie contra, ut j. eo. l. consuetudinis (Cod. VIII, 52 (53), 2). His enim legibus translata erat omnispotestas in principem. Vel ibi loquitur de eo, quod civitas sibi constituit per consuetudinem,namque ea vel lege scripta vel contraria consuetudine tollitur : lex autem scripta, tantum lege scripta. Vel ibi loquitur de generali consuetudine, id est quam princeps patitur, quæ ex certa scientia inducta videtur : hoc de speciali alicujus loci, quæ legem non abrogat, etiam si ex certa scientia sit inducta : licet in eo loco servetur, ut ff. com. præ. l. vendit or § si constat (Dig. VIII, 4, 13, 1). Sed contra videtur ut ff. de sepul. viol. l. III, § divus (Dig. XLVII, 12, 3, 5). Sed distingue, utrum lex sequatur consuet tudini, cui ipsa est contraria, an præcedat. Si lex sequatur, quia posterior est, derogaconsuetudini, quæ præcessit : alioquin legi consuetudo derogat : nisi lex consuetudinem prohiberet admitti, ut in usuris habemus. Si vero per errorem inducta esset : nec in eo loco legi derogaret : licet quidam contradicant, qui aliter, quam nos, casum illius legis, ff. de legi, et senatus l. quod non ratione (Dig. I, 3, 39) ponunt ; sicut ibi notavimus.

(2) Azo. *Summa Codicis* I, Rub.. De leg. et const. princ. (14) 8. A populo autem Romano forte et hodie potest condi lex, ut ex prædicta definitione legi patet,licet dicatur potestas translata in principem, ut j. de vet ju. enuc. l. j 2. § hoc etiam (Cod. I, 17). 17, Dicitur enim translata, id est concessa,non quod populus omnino a se abdicaverit eam, sic et ponitur ff. de offi. ejus cui manda. est jurisdict l. j. § qui mandatam (Dig. I,

This is a passage of much importance : it goes indeed much forther than the theories about the enduring importance of the custom of the Roman people, which we have so far considered ; it carries out much furtther the conception that all political authority ultimately rests nith the people. It is certainly of great importance to find an eminent civilian like Azo maintaining that the Roman people had not irrevocably surrendered its authority, and might perhaps resume it again, as it had done before.

Azo's position would be interesting, even if he stood alone, but his conception of political authority has a much greater interest when we observe that Hugolinus, a pupil, along-with Azo, of Joannes Bassianus, holds the same principles, but expresses them with more confidence and emphasis. In his « *Distinctiones* » he discusses the relation of law and custom in terms which are in large measure similar to those of the passage we have quoted from the Codex Chisianus (see p.) but he also expresses with great clearness his own judgment on certain questions, arising out of this. Placentinus, he says, had maintained that custom could not abrogate written law, and had interpreted the passage from Julianus in Dig. 1, 3, 32, as referring only to those ancient days, when the people had full power to make laws, but that after they had transferred their authority to the Emperor, they had ceased to possess this. Hugolinus himself, bluntly and emphatically contradicts this, and maintains that the Roman people never transferred their authority to the Emperor in such a sense that they ceased to possess it, while the position of the Emperor, he maintains, was to be conceived of, as that of a « *procurator ad hoc.* » He adds the very important information that Bulgarus and Joannes Bassianus had taught that a universal custom abrogates law, and that even the local custom of a particular city does so within that city, if the custom had been adopted knowingly or deliberately (1).

21, 1, § 1) Nam et olim transtulerat, Sed tamen postea revocavit, ut dicitur, ff. de ori. juris; l, 2, § exactis,et § quid ad magistratus, etc.et cum placuisset (Dig. I, 2, 2, 3, 14, 24).

(1) Hugolinus «*Distinctiones*» 34. (In Haenel, *Dissensiones Dominorum*. Secundum Placentinum per consuetudinem nunquam legi scriptæ derogatur et quod dicitur (D. 1, 3, 32), intelligendum est secundum vetera jura, quum populus habebat plenam potestatem condendi jura : sed postquam transtulit omne jus in imperatorem, non potuit. Sed

We have then here in Azo and Hugolinus, drawn out in explicit phrases, the principle which underlies the theory of the enduring force of custom in making law, the principle, that is, that the Roman people continued, at least in some sense, to be what they had always been, the source of all legislative authority, of all political power. It is indeed impossible on the evidence before us, to determine whether this judgment was more or less widely held than that which maintained that the Roman people had completely transferred their authority to the Emperor, and that even their customs had ceased to have political authority.

We have cited passages which show that this was maintained by Irnerius, Placentinus and Roger, but against these must be set the names of Bulgarns and Joannes Bassianus for the continuing legislative authority of custom, and of Azo and Hugolinus, as tending to hold that the Roman people had never parted with their authority in such a sense that they could not resume it.

I have not in this paper considered in any complete fashion the theory of the royal or imperial authority held by these civilians. To do this, we should have to take into account a number of other conceptions or principles which they discuss and suggest. Still less have I attempted to consider the relation of these theories to those of the feudal and canon lawyers, or to those represented in the controversial pamphlets of the time. We hope to have the opportunity to do this shortly elsewhere. Until this has been done we have not the means for estimating either the amount of interaction between the various legal systems and conceptions of the times, or the extent to which legal theories are related to the contemporary historical conditions.

In the meanwhile it is, I think, important to recognize that, whatever was to be the ultimate influence of the revived studies of the Roman law books, the great civilians of the twelfth century and of

certe non transtulit sic, ut non remaneret apud eum, sed constituit eum quasi procuratorem ad hoc.....

Secundum B.(Bulgarum) et J,(Joannem) distingue an consuetudo sit generalis, et tunc abrogat legem, an particularis, et tunc si est inducta ex certa scientia, derogat legi, in ea civitate, in qua est inducta, sed alibi non, et sic loquitur C.(VIII, 52 (53), 2) licet secundum Placentinum principium loquatur in ea consuetudine quæ est secundum legem, finis in ea quæ est contra ; sed hoc litera non patitur. »

the first half of the thirteenth do not always show that tendency to the exaltation of the conception of an arbitrary and unlimited political authority which has been sometimes attributed to them. Rather, while they accept from the Corpus Juris the principle of the supreme authority of the Emperor, they all recognize that this authority had no other foundation for its origin that the popular consent, and some of them at least tend to think of it as always depending upon that consent. However they may have come to this conclusion we cannot fail to be impressed by its correspondence with the general tradition of the Teutonic societies, that the authority of the ruler rests upon and is conditioned by the consent of the nation.

LE DROIT ROMAIN A LA CURIA REGIS

DE PHILIPPE-AUGUSTE A PHILIPPE-LE-BEL

PAR

Émile CHÉNON, Professeur à la Faculté de Droit de Paris

La renaissance du Droit romain au XII^e siècle fut une bonne fortune pour les empereurs d'Allemagne. Ils comprirent rapidement quel parti ils en pouvaient tirer pour leurs prétentions à la domination universelle. Frédéric Barberousse se considérait complaisamment comme le successeur de Constantin et de Justinien (1) : c'était donc ses « prédécesseurs » qui avaient promulgué les *leges romanæ*. Ces lois par suite devaient être reçues dans l'Empire *de necessitate* (2), et l'empereur avait le droit, dont il a usé, d'insérer dans le Code, *inter leges imperiales*, de nouvelles constitutions (3). Le droit romain, dès lors, redevient vivant comme le Saint Empire romain germanique, avec lequel il s'identifie (4).

Mais ce droit romain, les glossateurs et leurs disciples le regardaient volontiers comme devant être universel, comme étant, non pas seulement la loi de l'Empire, mais encore la loi du monde, la *lex*

(1) Cf. Georges Blondel, *Etude sur les droits régaliens et la constitution de Roncaglia*, dans les *Mélanges Paul Fabre*, Paris, 1902, in-8°, p. 249. — L'idée était déjà ancienne : on la trouve exprimée dans un manuscrit du XI^e siècle, cité par Giesebrecht, *Geschichte der deutschen Kaiserzeit*, 5^e édit., Leipsig, tome I (1881), p. 892.

(2) Cf. Paul Viollet, *Hist. des instit. polit. et administrat. de la France*, Paris, in-8°, tome II (1898), p. 225 ; — G. Blondel, *ibid.*

(3) Cf. la constitution donnée à Roncaglia en nov. 1158, et insérée par Barberousse au *Code Just.*, IV, 13, *in fine*.

(4) Cf. P. Viollet, *ibid.*

omnium generalis (1). Au XII^e siècle, cette idée était entrée dans les esprits, et avec elle cette autre, que l'empereur devait être regardé comme le « maître du monde ». Il est inutile de rappeler ici l'anecdote bien connue du cheval donné en récompense par Frédéric Barberousse à Maître Martin Gosia, qui l'avait déclaré *dominus mundi* (2). Or, de semblables prétentions ne devaient guère plaire aux autres rois, menacés d'être regardés comme les sujets ou les vassaux de l'empereur (3). Le roi de France, en particulier, dans le royaume duquel toute une région suivait le droit romain, devait avoir de ce chef des préoccupations légitimes. Ces préoccupations ont en effet existé (4), et elles ont exercé une influence marquée sur l'attitude qu'ont eue les Capétiens et leur *curia* à l'égard du droit écrit, de Philippe-Auguste à Philippe-le-Bel. C'est cette attitude que nous voudrions étudier.

I. — La Décrétale « Super specula ».

Chacun sait que l'enseignement du droit romain, d'abord toléré à l'Université de Paris dans les premières années de sa formation (5), à l'époque où Philippe-Auguste était l'allié de l'empereur Philippe de Souabe, a été ensuite prohibé à Paris et lieux circonvoisins par la décrétale *Super specula*, rendue par le pape Honorius III le 16 novembre 1219 (6) ; mais ce qu'on sait moins, c'est que cette dispo-

(1) « Judica... orbem *universum* », dit le ms du XI^e s. cité *suprà* ; — « *Totum* orbem informari », répète Otto de Freysing, au XII^e s. (*Chron. lib.* III, proleg.) ; — etc.

(2) Otto Morena, cité par G. Blondel, *ibid.*

(3) Conrad III le soutenait déjà avant 1152 ; cf. Otto de Freysing, *Gesta Frid.*, I, 25, et Waitz, *Deutsche Verfassungs geschichte*, tome V (1893), p. 121.

(4) Cf. sur ce point : Alfred Leroux, *Recherches critiques sur les relations de la France avec l'Allemagne de* 1292 *à* 1378, Paris, 1882, in-8° (Biblioth. de l'Ecole des Hautes-Etudes, fasc. 50) ; et : *La royauté française et le Saint-Empire romain*, dans la *Revue historique*, année 1892, tome 49, p. 241-288 ; — Ferd. Lot, dans la même *Revue*, année 1892, tome 50, p. 147 ; — Paul Fournier, *La France et l'Empire au Moyen-Age*, dans le *Bulletin critique*, année 1895, p. 544-557.

(5) Cf. abbé C. Péries, *La Faculté de Droit dans l'anc. Univer. de Paris* (1160-1793), Rennes, 1890, in-8°, p. 87-89.

(6) Cf. le texte dans R. P. Denifle et Châtelain, *Chartularium Univ. Paris*, tome I, n° 32 : — ou dans Marcel Fournier, *L'Eglise et le droit romain au* XIII^e s., dans la *Nouv. Revue historique de droit français et étranger*, année 1890, p. 115-118.

sition de la célèbre décrétale a été prise à la demande du roi. Sur ce point, M. Adolphe Tardif est l'un des rares auteurs qui aient vu clairement la vérité (1) ; et cependant une ordonnance bien connue de Philippe-le-Bel est très affirmative à ce sujet : « Pour que l'enseignement de la théologie fît plus de progrès à l'Université, nos prédécesseurs, — dit Philippe-le-Bel, — n'ont pas permis qu'on y enseignât les lois séculières ou droit civil ; *ils ont même obtenu* du Siège apostolique l'interdiction de cet enseignement » (2).

Cette indication précise fournie par Philippe-le-Bel peut être corroborée par divers arguments. On remarquera d'abord le motif qu'il donne de l'interdiction prononcée : c'est pour favoriser l'enseignement de la théologie. Cette raison eût été très compréhensible de la part du pape, mais l'eût été beaucoup moins de la part du roi. Or, ce n'est pas sur cette raison-là, visée en passant, qu'insiste Honorius dans sa décrétale : s'il prohibe l'enseignement du droit romain à Paris, « bien que la Sainte Eglise ne repousse pas le secours des lois séculières qui suivent suffisamment les traces de l'équité et de la justice », c'est parce que « dans l'Ile-de-France et dans quelques provinces les laïques ne font pas usage des lois des empereurs romains » (3). Voilà un motif qui pour le pape n'avait guère d'importance, mais qui en avait une très grande pour Philippe-Auguste. A cette époque, en effet, il n'était plus l'allié de l'empereur. Philippe de Souabe était mort, et à sa place régnait Otton de Brunswick, un ennemi. En 1214, Philippe-Auguste l'avait brisé à Bouvines ; mais il ne pouvait oublier que son intervention l'avait mis en péril. Il importait dès lors de bien montrer que la France était indépendante de l'Empire, en droit et en fait, comme le reconnaissait le pape Inno-

(1) Adolphe Tardif, *Note sur une bulle d'Honorius* III, dans la *Nouv. Revue historiq.*, année 1880, p. 291-294 ; et *Hist. des sources du droit français, Orig. romaines*, Paris, 1890, in-8°, p. 324 et suiv.

(2) *Ord.* de juillet 1312 : « Ut autem liberius ibidem (*Paris*) studium proficeret theologiæ, progenitores nostri non permiserunt legum sæcularium seu juris civilis studium ibidem institui, quinimò id etiam interdici sub excommunicationis pœnâ, per Sedem Apostolicam procurarunt. »

(3) Décrétale *Super specula, in fine* : « Sane licet sancta Ecclesia legum secularium non respuat famulatum, que satis equitatis et justitie vestigia imitantur, *quia tamen in Francia et nonnullis provinciis romanorum imperatorum legibus non utantur*, et occurrunt rarò ecclesiastice cause tales, que non possunt statutis canonicis expediri, ut plenius sacre pagine insistatur, etc. »

cent III (1) ; que les lois impériales n'y avaient cours ; que « la *coutume* passait *droit* ». Il était dangereux dès lors de laisser enseigner ce droit à Paris, capitale du royaume. Le roi s'adresse donc au chef direct de l'Université, le pape, et celui-ci consent à l'interdiction réclamée. La sanction était d'ailleurs sévère : quiconque oserait enseigner ou écouter le droit civil était déclaré incapable d'exercer une profession judiciaire, et de plus était excommunié (2).

Tant que Philippe-Auguste vécut, il dut tenir la main à l'exécution de la décrétale d'Honorius. — Mais, quelques années plus tard, la situation est changée. Les relations entre le roi de France et l'empereur d'Allemagne se sont améliorées. Saint Louis, ou plutôt Blanche de Castille, est en bons termes avec Frédéric II. Il est inutile dès lors de tenir rigueur au droit romain, et de se priver des ressources qu'il peut fournir pour l'accroissement du pouvoir monarchique. Aussi, lorsque, en 1231, le pape Grégoire IX donne à l'Université de Paris une véritable constitution dans sa fameuse *bulle d'or*, il ne révoque pas, bien entendu, la décrétale de son prédécesseur; mais, contrairement aux habitudes du temps, il ne la confirme pas. Il la passe sous silence (3) ; et, comme le roi n'insiste pas, l'autorité ecclésiastique laisse ouvertement professer le droit romain, en accordant seulement aux *leges legentes* les dispenses nécessaires pour ne pas encourir l'excommunication. Un texte curieux, signalé en 1865 dans la *Bibliothèque de l'Ecole des Chartes* et publié depuis par M. Fitting, fait allusion à cette situation. Il s'agit d'une question de droit canonique donnée comme thème de *disputatio* à l'Ecole d'Angers : on rappelle qu'à Paris tout *leges legens* est excommunié, à moins qu'il n'ait obtenu une dispense, et l'on demande, dans le cas où le dispensé serait obligé de se faire suppléer, si le suppléant est couvert ou

(1) Innocent III, dans les *Decret. Greg. IX*, lib. IV, 17, canon 13 : « Insuper quum rex [Francorum] superiorem in temporalibus minime recognoscat... »

(2) Décrétale *Super specula, in fine.* — Sur cette décrétale *Super specula*, on peut lire, en sens divers : Ad. Tardif, *loc. cit.*; — E. Caillemer, *Honorius III et le droit civil*, Lyon, 1881, in-8° ; — Marcel Fournier, *loc. cit.*; — abbé Péries, *op. cit.*, p. 93-99 ; — G. Digard, *La papauté et l'étude du droit romain au XIII^e s.*, dans la *Biblioth. de l'Ecole des Chartes*, année 1890, p. 381-419 ; — Glasson, *Hist. du Droit et des instit. de la France*, Paris, in-8°, tome IV (1891), p. 227-238 ; — etc.

(3) Cf. G. Digard, *loc. cit.*, p. 402, texte et note 2.

non par la dispense obtenue ; après l'exposé des raisons pour et contre, Guillaume de Ruis conclut à l'affirmative (1).

On s'explique ainsi la présence à Paris de certains *professores legum*, notamment de Guy Foucaud, dit le Gros. Guy Foucaud, que Guillaume Durant appelle *lumen juris* et que Platina déclare être « le premier jurisconsulte de France sans contestation », professait le droit civil à Paris en 1231 (2). En 1235, Grégoire IX autorise l'enseignement et l'étude du droit romain à l'Université d'Orléans, sauf pour les clercs ayant charge d'âmes ; saint Louis ne proteste pas (3). En 1240, il appelle même Guy Foucaud à siéger à la *curia regis*, puis lui confie la garde du sceau, en attendant que le savant légiste devienne évêque du Puy, archevêque de Narbonne, cardinal, et enfin pape sous le nom de Clément IV (1265-1268) (4).

II. — Le Jus scriptum sous saint Louis.

L'attitude hostile prise après Bouvines a donc bien disparu. C'est qu'en 1240 saint Louis n'a plus rien à craindre de l'empereur. Il a conquis alors, par son énergie et son scrupuleux esprit de justice, une autorité morale et une autorité effective, à laquelle chacun rend hommage. En 1241, il adresse une sommation très ferme à Frédéric II pour réclamer la mise en liberté de prélats français faits prisonniers par celui-ci (5). D'après un chroniqueur ordinairement hostile à la France, Mathieu de Paris, il est vraiment « le roi des rois de la terre » (6). Frédéric II, en lutte avec le pape Innocent IV, est forcé de le ménager pour ne pas s'aliéner sa neutralité, qu'on sent expectante (7). Enfin, à partir de 1250 jusqu'à 1272, l'Empire étant resté

(1) H. Fitting, *Questions de droit disp. à Angers et à Paris*, trad. par Robert Caillemer, dans la *Nouv. Revue hist. de droit français et étranger*, année 1905, p. 724–725.

(2) Cf. abbé Péries, *op. cit.*, p. 99.

(3) Cf. Ad. Tardif, *Hist.*, *op. cit.*, p. 290; — Marcel Fournier, *Hist. de la science du Droit en France*, Paris, tome III (1892), p. 6, texte et note 4.

(4) Cf. Ad. Tardif, *ibid.*, p. 286 ; — abbé Péries. *ibid.*

(5) Cf. Elie Berger, *Saint Louis et Innocent IV*, Paris, 1893, in-8°, p. 6.

(6) « Dominus rex Francorum, qui terrestrium rex regum est, tum propter ejus cœlestem inunctionem, tum propter sui potestatem et militiæ eminentiam » (cité par Elie Berger, *ibid.*, p. 35).

(7) Cf. Elie Berger, *ibid.*, p. 152 et suiv., 242 et suiv.

vacant, c'est en fait le roi de France qui exerce la magistrature impériale, « cette magistrature, qui imposait trois devoirs à son détenteur : maintenir la paix dans le monde, protéger l'Eglise, propager la foi » (1).

Dans ces conditions, il n'avait plus à redouter l'enseignement du droit romain à Paris ; et de fait, il l'y laisse reparaître. Au XVII^e^ siècle, Daniel de Priezac loue saint Louis d'avoir eu pour les lois romaines une juste estime, et d'avoir ramené les Parisiens à fréquenter les professeurs de droit, si bien, ajoute-t-il, « qu'à cette époque, la science du droit civil florissait dans les écoles de Lutèce» (2). En 1251, quand l'Université de Paris prêta serment à la reine Blanche, régente du royaume, le procès-verbal mentionne, parmi ceux qui prêtèrent le serment, des professeurs de *droit civil* et des bacheliers *decretales et leges legentes* (3).

Le droit romain fit à la même époque son entrée officielle dans le domaine législatif. En avril 1251, Blanche de Castille reconnait formellement qu'il régit une partie du royaume, tandis que le reste obéit à la *consuetudo gallicana*, et elle lui donne pour la première fois ce nom de *droit écrit* (*jus scriptum*), sous lequel il devait désormais être connu. C'était un nom dangereux ; car, d'après la définition qui ressort des Institutes de Justinien, le droit « écrit » est celui qui émane d'un pouvoir législatif, par opposition au droit « non écrit », qui s'introduit par l'usage. Or, de quel pouvoir législatif pouvait émaner le droit romain, sinon du pouvoir impérial ? Et ce pouvoir impérial, qui le possédait au XIII^e^ siècle, sinon l'empereur d'Allemagne ? Là était le péril, et saint Louis s'en rendit compte. En 1254, dans l'ordonnance par laquelle il réforme l'administration de la justice dans la sénéchaussée de Beaucaire, amené à dire qu'en cas de crime grave, on devait appliquer « le droit écrit dont on use de temps immémorial », il se hâte d'ajouter : « Nous voulons qu'on l'observe, non pas parce que son autorité nous y oblige ou nous y astreint, mais parce que nous ne jugeons pas que là et pour le moment on doive modifier ses dispositions » (4).

(1) Ch.-V. Langlois, *Le règne de Philippe III le Hardi*, Paris, 1887, in-8°, p. 64.

(2) Daniel de Priezac, *Miscell.*, I, 2, Paris, 1658, p. 41-42, cité par l'abbé Péries. *ibid.*, p. 99.

(3) *Juramentum civium Parisiensium*, anno 1251 (*Chartul. Univ. Parisiensis*, n. 197).

(4) *Ord. de juillet* 1254 : « ...quo casu jura scripta quibus utuntur ab antiquo, volumus

Son pouvoir ainsi affirmé, saint Louis ne s'arrêta pas au péril possible ; et son règne est vraiment celui où la renaissance du droit romain commença à revêtir un caractère pratique. Dans les coutumiers contemporains, tels que le *Conseil à un ami* de Pierre de Fontaines ou le *Livre de Jostice et de Plet*, composés l'un vers 1255 et l'autre vers 1260, abondent les citations et les traductions du Digeste et du Code (1). Ainsi, même dans les pays régis par la *consuetudo gallicana*, on ne craint pas de faire des emprunts à ce droit romain, dont l'enseignement restait toujours, au moins théoriquement, prohibé à Paris (2).

Parmi ces emprunts, il en est un, favorisé par saint Louis, qui allait introduire le *jus scriptum* au sein même de la *curia regis* (3) : c'est l'*appellatio pro falso judicio*, que saint Louis cherche à substituer à l'ancienne *falsatio judicii* (4). Une fois entrée dans l'usage, l'*appellatio* souleva une question, qui jusqu'alors ne se posait guère, la question de savoir quel droit devait appliquer le juge d'appel. C'était un élément nouveau dans le problème du conflit des lois. En effet, il ne faut pas oublier qu'au XIII^e^ siècle, on est à une époque où les coutumes sont exclusivement territoriales ; on est donc jugé suivant la loi du lieu où réside le tribunal compétent (5). Rien de mieux en première instance ; mais en cas d'appel à la *curia regis*,

observari ; *non quod eorum obliget nos auctoritas seu adstringat*, sed quia mores eorum in hac parte ad præsens non duximus immutandas. » — Cf. Brissaud, *Hist. générale du droit français*, Paris, 1904, in-8°, tome I, p. 153.

(1) P. de Fontaines recommande dans divers cas de garder fermement ce que la *loi écrite* enseigne (cf. *Conseil*, éd. Marnier, XI, 1 et 2, etc.). Sur l'usage que ces deux ouvrages ont fait du droit romain, cf. Ad. Tardif, *Hist., op. cit.*, p. 383 et suiv., 392 et suiv.

(2) *Livre de Jostice et de Plet*, éd. Rapetti, XX, 15, § 10, p. 331 : « Por ce que en France et an moult de leus, n'use l'en pas des lois de Rome, et poi trove la cause que par droiz de costume et de décrez ne puisse estre déterminée, por ce deffant li papes Honoires et li rois de France que celes lois ne soient leues à Paris ne iqui anviron ; et qui encontre ce fera, ne soit pas oïz en cause, et soit escommeniez. »

(3) On l'y trouve invoqué, d'ailleurs sans succès, dès 1260, à propos d'un château situé en Albigeois ; cf. *Olim*, tome I, p. 469-470 : « Dominus Johannes dicit e contrario quod audiri debebat, non obstantibus premissis, *secundum jura scripta*, cum eciam semper fuerit protestatus, etc... »

(4) Cf. sur ce point : Esmein, *Hist. de la procédure crim.*, Paris, 1882, in-8°, p. 27 et suiv.; — Ad. Tardif, *La procéd. civile et crim. aux* XIII^e^ *et* XIV^e^ s., Paris, 1885, in-8°, p. 128 et suiv.

(5) Cf. Lainé, *Introd. au droit internat. privé*, Paris, tome I (1888), p. 276 et suiv.

que doit faire celle-ci ? Juger selon la coutume de Paris (*consuetudo Franciæ*), ou selon la coutume appliquée en première instance ? c'est-à-dire selon le droit écrit, si l'appel provient d'un pays de droit écrit ? La logique des choses imposait cette seconde solution : elle fut adoptée (1), mais avec un tempérament.

III. — L'auditoire du Droit écrit

Ce tempérament, introduit, semble-t-il (2), dès le début du règne de Philippe-le-Hardi, après l'annexion du comté de Toulouse au domaine royal, a consisté à séparer nettement les causes régies par les coutumes et les causes des terres « gouvernées par le droit écrit » : les premières seules continuèrent à être jugées par la chambre aux plaids, c'est-à-dire par le Parlement proprement dit ; il fut défendu au contraire aux plaideurs des pays de droit écrit d'entrer dans la chambre aux plaids. Le roi institua pour les *oïr* « certains auditeurs », qui formèrent une sorte de commission judiciaire, à laquelle les historiens ont donné le nom d'*auditoire du droit écrit*. En janvier 1278, l'institution de ces auditeurs est confirmée (3). Le roi défend en même temps aux avocats qui plaident dans la chambre aux plaids d'invoquer le droit écrit là où le droit coutumier est en vigueur; ils ne devront « user que des coustumes » (4). — Cette insistance du roi à séparer le domaine des deux droits et à ne pas permettre l'envahissement du domaine coutumier par le droit écrit, était une précaution contre le retour offensif des idées « impérialistes ». L'interrègne, en effet, était terminé en Allemagne. Avec le nouvel empereur, Rodolphe de Habsbourg, Philippe-le-Hardi avait failli en venir aux mains en novembre 1274. Le pape Grégoire X avait réussi avant

(1) Cf. *Etabl. dits de saint Louis*. II, 16 (éd. Viollet, p. 386) : « Et cil qui sera trovez en son tort l'amandera par la coutume dou païs et de la terre. »

(2) En 1278, le roi dit : « ... com il a esté *autrefoiz* ordené » ; cf. la note suivante.

(3) *Ord. de janvier* 1277 (a. st.), art. 17 et 25 : « Ceus de la terre qui est gouvernée par droit escrit soient oiz par certains auditeurs de la Court, einsi com il a esté autrefoiz ordené. — Nulles des terres qui sont gouvernées de droit escrit ne soient an la Chambre au Plaiz, ains aillent à leur auditeurs qui leur seront baillicz » [Ch.-V. Langlois, *Textes relatifs à l'hist. du Parlement*. Paris, 1888, in-8°, p. 97 et 98].

(4) *Ibid.*, art. 9 : « Nus advocaz ne s'entremete de alleguier des droitz où les coustumes auront leu, ainz useront des coustumes. »

sa mort (arrivée en 1276) à maintenir la paix ; mais, de part et d'autre, il subsistait des rancunes, et différents faits, survenus en 1277 et 1278, les avaient ravivées (1).

L'auditoire du droit écrit ne resta pas longtemps à Paris. Les gens du Midi se plaignaient vivement de la longueur des voyages et de la lourdeur des dépenses que leur imposaient leurs appels à la *curia regis*. Pour donner satisfaction à ces réclamations, formulées par six sénéchaussées de droit écrit (Toulouse, Carcassonne, Beaucaire, Périgord, Rouergue, Quercy) (2), Philippe III résolut d'envoyer à Toulouse les auditeurs, jusque-là sédentaires à Paris ; mais il ne transforma pas la nature de l'auditoire : à Toulouse, où ils devaient tenir des sessions annuelles, comme à Paris, les auditeurs représentaient toujours la *curia regis*. Ils en étaient une délégation. Philippe-le-Hardi n'avait certainement pas l'intention de créer dans le Midi un Parlement rival de celui de Paris et de nature à compromettre l'union récente avec le Nord (3). Le 18 janvier 1280, il chargea trois « avisées et discrètes personnes de son conseil », les maîtres P., archidiacre de Saintes, Thibaud, doyen de Bayeux, et P., doyen de Saint-Martin-de-Tours (4), de se rendre à Toulouse, et là, d'expédier et terminer toutes les affaires « pour lesquelles les plaideurs seraient venus à la cour du roi » (5). L'expérience ne semble pas avoir réussi ; car dans les années suivantes, ni Philippe-le-Hardi ni Philippe-le-Bel n'envoyèrent de nouvelles délégations *ad partes Tholosanas*. On

(1) Cf. Langlois, *Philippe III*, *op. cit.*, p. 83–85 ; — Paul Fournier, *Le royaume d'Arles et de Vienne*, Paris, 1891, in-8°, p. 223.

(2) *Ord. du* 18 *janvier* 1279 (a. st.) : « Notum facimus, quod nos subditorum nostrorum senescalliarum Tholose et Carcassone, Petragoricensis, Ruthenensis, Caturcensis, et Bellicadri laboribus et expensis parcere cupientes, ... » [Langlois, *Textes*, *op. cit.*, p. 108].

(3) Cf. E. Boutaric, *L'organisat. jud. du Languedoc*, dans la *Bibliothèque de l'Ecole des Chartes*, année 1855–1856, p. 119 ; — Langlois, *Philippe III*, *op. cit.*, p. 311.

(4) Sur Pierre Challon, doyen de St-Martin de Tours, cf. E. Chénon, *L'ancien Coutumier de Champagne*, App. II, n° 5, dans la *Nouv. Rev. hist. de droit français et étranger*, année 1907.

(5) *Ord. du* 18 *janv.* 1279 (a. st.) : « ... viros providos et discretos de consilio nostro, videlicet magistros P., archidiaconum Xanctonensem, Theobaldum Bajocensem et P. Sancti-Martini Turonensis decanos, ad partes Tholosanas, ut in octavis Pasche proxime personaliter ibi intersint, pro querelis, querimoniis, petitionibus et supplicationibus ipsorum subditorum, pro quibus nostram adirent presentiam, audiendis, expediendis, et terminandis, secundum quod jus et equitas suadebunt, etc » [Langlois, *Textes*, *loc. cit.*].

peut constater au contraire que de nombreux appels du Midi ont été portés à la *curia regis* à Paris, notamment ces fameux appels d'Aquitaine, à l'occasion desquels le roi de France eut à spécifier à plusieurs reprises les divergences entre le *jus scriptum* et le *jus consuetudinarium* (1).

En 1288, Philippe-le Bel fit une nouvelle tentative (2), qui n'eut pas beaucoup plus de succès. En 1290, la session qui devait se tenir à Toulouse à la Toussaints, fut prorogée à la Chandeleur suivante (février 1291) (3). Pendant que les commissaires étaient en session, Philippe-le-Bel leur renvoya une douzaine d'appels adressés à sa cour, en leur enjoignant de les « oïr et terminer ». Dans le cas où ils ne le pourraient faire dans la session en cours, ils devaient les renvoyer à la session suivante, « si toutefois il arrive, ajoute le roi, qu'un autre parlement soit assigné à Toulouse ». Dans le cas contraire, le renvoi devait être fait au prochain parlement tenu à Paris (4). C'est cette dernière hypothèse qui se réalisa. Au parlement de la Toussaints 1291, le roi décida que quatre ou cinq personnes de son conseil siègeraient les vendredi, samedi et dimanche de chaque semaine, ou même plus, pendant toute la durée de la session, pour écouter les causes provenant des sénéchaussées régies par le droit écrit ; il désigna de suite : le chantre de Bayeux, maître Jean de la Ferté, Gilles Camelin (5), et maître Geoffroy de Villebrune, en leur adjoignant, comme notaire ou greffier, le doyen de Verberie (6). Quelques jours plus tard, le 14 décembre, ordre était donné à tous ceux qui avaient des procès pendants « devant les maîtres tenant parlement

(1) Sur ces appels d'Aquitaine, les plaintes du roi d'Angleterre, et les décisions de la *curia regis*, cf. : *Olim*, tome II. p. 202 (parl. de la Pentecôte 1282), p. 236 (Pentecôte 1284); — Langlois, *Textes, op. cit.*, p. 121 (Pentecôte 1285), p. 133–139 (Pentecôte 1286), p. 140–141 (Toussaints 1286), p. 142–143 (1288), p. 145–149 (janvier 1290) ; — Langlois, *Philippe III, op. cit.*, p. 279–283.

(2) Cf. *Olim*, tome II, p. 46 : « In rotulo parlamenti Penthecostes anno Domini millesimo ducentesimo octogesimo octavo, ad dies senescallie Petragoricensis et Wasconie, sic inveni scriptum : Illi *qui ibunt ad partes Tholosanas* debent perficere assisiam trium millium libratarum terre regi Anglie inchoatam per archidiaconum Matiphas et Sigalonie. »

(3) *Ord. du* 3 *oct.* 1290 [Langlois, *Textes*, p. 153].

(4) *Ord. du* 13 *mars* 1290 (a. st.), *ibid.*, p. 155–156.

(5) Sur Gilles Camelin, cf. *ibid.*, p. 122 et 129.

(6) Cf. *Ord. de la Toussaints* 1291, § 2, *ibid.*, p. 156–157.

à Toulouse », de poursuivre leurs causes à Paris, au parlement commençant dans l'octave de l'Epiphanie, et de s'y trouver, pour terminer les enquêtes, le lundi après les Brandons (1).

A partir de cette date, l'auditoire du droit écrit est rétabli à Paris, comme par le passé. Dans une ordonnance de date incertaine, généralement attribuée à l'année 1296 (2), Philippe-le-Bel l'organise ainsi : il y aura trois auditeurs, élus par les présidents, deux clercs et un laïque, bien lettrés, plus deux notaires et un sergent. Les auditeurs auront « un saing, par lequel il saigneront les choses que il deliverront » , et une chambre au Palais. Ils délivreront ce qu'ils pourront, et, en cas de doute, devront en référer au président du Parlement (3). — L' existence de l'auditoire du droit écrit peut être constatée jusqu'à la fin de 1318, au moins (4). En 1303, le roi parle de la possibilité de rétablir les délégations à Toulouse, « si toutefois les habitants de la région consentent à ne pas faire appel des sentences rendues par les commissaires » (5) ; en attendant, on devait continuer à juger à Paris, selon le droit écrit, les causes des provinces régies par ce droit (6). Philippe-le-Bel ne paraît pas avoir donné suite à son projet ; car en 1309, 1313, 1318, l'auditoire du droit écrit fonctionnait encore au Parlement de Paris (7). Il disparaît ensuite, mais reparaît par intermittences au milieu du XIV^e^ siècle (8).

IV. — Philippe-le-Bel et le Droit romain

L'histoire de l'auditoire du droit écrit nous a fait perdre un peu de vue les rapports du roi de France avec l'Empire; mais on peut dire que depuis 1278 jusqu'à 1310, ils n'étaient pas sortis d'une neutra-

(1) Cf. *Acte du* 14 *déc.* 1291, *ibid.*, p. 159.

(2) Cf. *ibid.*, p. 161, note 1.

(3) *Ord. de* 1296 (?), art. 27 : « A oïr la lengue qui se gouverne par droit escrit, trois seront esleu par les presidens, etc. » [*ibid.* p. 166].

(4) Cf. Guilhiermoz, *Enquêtes et procès*, Paris, 1892, in-4°, p. 376, n° 9 ; p. 353, n^os^ 24 à 26 ; p. 372-373, n^os^ 43-48, procès jugés à *l'auditorium juris scripti* en 1313, 1299-1317, St-Martin 1318 ; — F. Aubert, *Hist. du Parl. de Paris*, Paris, 1894, in-8°, tome 1, p. 7.

(5) *Ord. du* 23 *mars* 1302 (a. st.), art. 62, *ibid.*, *p.* 174.

(6) *Ibid.*, art. 59.

(7) Cf. *Olim*, tome III, p. 391, *circà* 1309 : *Expediciones per curiam facte in auditorio juris scripti*, lesquelles sont : *in sacco parlamenti ejusdem* ; — Guilhiermoz, *loc. cit.*

(8) En 1341 et 1343, sous Philippe de Valois ; cf. Guilhiermoz, *op. cit.*, p. 157, texte et

lité, parfois bienveillante, plus souvent hostile. Vers 1285, Jourdain d'Osnabrück avait bien essayé de ranimer les prétentions impériales à la domination universelle en soutenant que « le gouvernement du monde avait été attribué aux Germains » (1); mais le roi de France n'en avait pas pris ombrage. On n'était plus au temps de Frédéric Barberousse ou même de Frédéric II. Il y eut bien un moment d'inquiétude en 1294, lorsque Adolphe de Nassau, gagné par l'or anglais, s'allia à Edouard Ier contre Philippe-le-Bel, reproduisant ainsi, après quatre-vingts ans, la situation de Bouvines ; mais Philippe-le-Bel ne s'en était pas autrement ému et s'était contenté, semble-t-il, d'opposer l'or français à l'or anglais (2), sans chercher noise aux *professores legum* qui enseignaient alors à Paris (3).

Il manifeste plus d'irritation lors de ses démêlés avec Boniface VIII lorsque celui-ci, qui venait de se réconcilier avec Albert d'Autriche, ne craignit pas de dire (30 avril 1303) : « Toute puissance terrestre reçoit sa lumière de la puissance ecclésiastique,... n'en déplaise à l'orgueil des Français, qui prétendent ne reconnaître aucun supérieur. Ils mentent ; car de droit, ils sont et doivent être sujets du roi des Romains et de l'empereur (4). » Guillaume de Plasian protesta aussitôt (14 juin 1303) au nom de Philippe-le-Bel, accusant le pape d'avoir confirmé Albert d'Autriche pour « détruire la nation des Français, qu'il appelle orgueilleuse, en la prétendant soumise à lui et au roi d'Allemagne » (5) : c'est un des nombreux chefs d'accusation que Guillaume de Plasian porte contre Boniface. Plus tard, Philippe-le-Bel exigea de Clément V qu'il revînt sur la parole malheu-

note 7 ; — Glasson, *Hist. du droit et des inst. de la France*, Paris, in-8°, tome IV (1891), p. 660–662 ; tome VI (1895), p. 196–198, 207–208.

(1) Jordanus d'Osnabrück, *De prerogativa romani Imperii* : « Germani, ad quos mundi regimen est translatum ... » (cité par Langlois, *Philippe III*, *op. cit.*, p. 71).

(2) Paul Fournier, *op. cit.*, p. 291–299.

(3) Etienne de Florence, 1289 ; Guy de Condé, 1296 ; André Potheron, 1304. Cf. Caillemer, *L'enseign. du droit civil en France à la fin du XIIIe s.*, dans la *Nouvelle Revue hist. de droit fr. et étranger*, année 1879, p. 611 ; — Ad. Tardif, *Hist.*, *op. cit.*, p. 286.

(4) *Allegatio Bonifacii pro confirmando rege Romanorum Alberto* [dans Marca, *De concordia*, édit, Baluze, 1704, p. 110–111]. — Cf. Viollet, *Histoire*, *op. cit*, p. 41 ; — et Paul Fournier, *op. cit.*, p. 321.

(5) *Acte d'accusation de G. de Plasian*, dans G. Picot, *Documents relatifs aux Etats généraux sous Phil. le Bel*, Paris, 1901, in-4°, p. 43.

reuse de son prédécesseur et niât nettement la domination universelle de l'empereur, comme l'avait fait un siècle plus tôt Innocent III (1). Il est possible que ces affirmations, en ravivant les antipathies du roi contre le droit romain, dont ses légistes cependant faisaient déjà à son profit un si remarquable usage, aient entravé son projet de rétablir les parlements toulousains.

Quoi qu'il en soit sur ce dernier point, la situation devint plus critique en 1311. A cette date, Philippe-le-Bel était fort mécontent de l'échec de la candidature à l'Empire de son frère Charles de Valois, à qui les électeurs impériaux avaient en 1308 préféré Henri de Luxembourg (2). De là une froideur marquée de la part du roi de France à l'égard du nouvel empereur. Quelques années s'étaient passées en négociations ; mais en décembre 1311, ces négociations furent abandonnées (3). En juin 1312, les deux princes échangent des lettres discourtoises (4). La guerre est sur le point d'éclater, lorsque Henri VII meurt presque subitement (24 août 1313). « Avec lui, dit M. Paul Fournier, descendait au tombeau l'idée même de l'Empire telle que le Moyen Age l'avait compris et que Dante l'avait chanté (5). »

Dans ces conjonctures, le roi de France était peu porté à voir d'un œil favorable le droit écrit, toujours suspect par ses origines. Aussi va-t-il, comme Philippe-Auguste, rappeler l'interdiction de l'enseigner à Paris ; comme saint Louis, répéter qu'il ne l'oblige pas ; mieux qu'eux enfin, préciser qu'après tout le *jus scriptum* n'a en France que le caractère d'un droit *coutumier*, et que, s'il veut bien le conserver, lui, roi de France, c'est tout simplement parce qu'il y voit un moyen de développer l'intelligence des étudiants et de former l'esprit juridique. C'est dans une ordonnance de juillet 1312, déjà visée plus haut, et par laquelle il autorise à nouveau l'étude du droit romain à Orléans, que Philippe le Bel développe ces intéressantes déclarations. Le passage entier est à citer (6) : « Sur toutes les questions litigieuses qui ne touchent pas à l'ordre spirituel, à la foi et aux

(1) Cf. Viollet, *loc. cit.*, en note ; — et *suprà* § 1.

(2) Cf. Paul Fournier, *op. cit.*, p. 339, texte et note.

(3) *Ibid.*, p. 358, 361, 366.

(4) *Ibid.*, p. 369.

(5) *Ibid.*, p. 372.

(6) Nous empruntons l'excellente traduction de M. Ad. Tardif, *op. cit.*, p. 333-334.

sacrements, notre royaume est principalement régi par la coutume et par l'usage, et non par le droit écrit. Si dans quelques parties de ce royaume, nos sujets, en vertu de *la permission* de nos ancêtres et de la nôtre, suivent le droit écrit sur plusieurs points, ils ne sont pas liés par ces règles en tant que droits écrits, mais par une *coutume* conforme à ce droit, qui s'est introduite dans l'usage... L'enseignement des lois et du droit écrit développe l'intelligence, forme le jugement, fournit les éléments d'une bonne justice, et prépare l'esprit à comprendre les coutumes... Par ces motifs, il a plu à nos prédécesseurs et il nous plaît qu'on fréquente les écoles de droit écrit et de lois civiles dans quelques villes choisies de notre royaume, sous réserve des dispositions propres à l'Université de Paris, pour développer les principes de l'équité, etc. » Le roi ajoute plus loin que cela n'entraîne nullement de sa part *réception* du droit romain (1). — Ainsi le droit romain n'est toléré dans le royaume qu'à titre de droit *coutumier*, lorsqu'il paraît équitable et lorsqu'il n'y a ni ordonnance, ni coutume certaine permettant de juger. Le droit romain n'est en France qu'un droit supplétif : « coutume passe droit ». Telle est la théorie officielle, que le Parlement fit immédiatement sienne (2), et qui ne s'est jamais démentie (3).

V. — Le roi de France « empereur »

Grâce à elle, le roi de France affirmait son indépendance complète à l'égard de l'Empire. Il l'affirmait encore autrement. Il ne suffisait pas de dire, avec Guillaume de Plasian, en 1303, « que le roi de France n'était pas soumis au roi d'Allemagne » : il fallait dire pourquoi. La réponse fut fournie par un brocard juridique, emprunté peut-être à quelque ancien texte versifié, usité en tous cas sous saint Louis, et ainsi libellé :

Le roi ne tient de nului,
Fors de Dieu et de lui.

(1) *Ord. de juillet* 1312, art. 1 [dans Isambert, *Recueil des anc. lois françaises*, tome III, p. 22-23].

(2) *Olim*, tome II, p. 557, nov. 1312 : « ... attentaque consuetudine senescallie Belli-Cadri, que regitur jure scripto »; — tome III, p. 781, 6 avril 1312 (a. st.) : « ... secundum consuetudinem terre Ruthenensis, que regitur jure scripto. »

(3) Cf. *Ord. du* 17 *mai* 1315, art. 19 et 20 [dans Isambert, *op. cit.*, p. 82].

Sous saint Louis, ce brocard signifiait tout simplement que le domaine royal n'était pas une tenure, un fief, mais un alleu souverain (1), ce qui était exact. Philippe IV et ses légistes y découvrirent la raison pour laquelle le roi ne pouvait pas tenir son royaume du pape (2), et la raison pour laquelle il ne pouvait pas davantage le tenir de l'empereur : relevant directement de Dieu, le roi ne peut relever de personne.

Une difficulté toutefois subsistait : le droit romain contenait nombre de textes applicables aux empereurs. Il était facile, en les prenant à la lettre, de les étendre à l'empereur d'Allemagne, moins facile de les étendre au roi de France, en dépit des pouvoirs qu'il s'attribuait déjà (3). Pierre Jacob disait encore vers 1320 : « Il ne peut pas être question de lèse-majesté à l'égard du roi ; car il ne s'appelle pas empereur » (4). Mais peu après, le glossateur Baldus trouva la solution juridique : le roi de France est en vérité « empereur en son royaume » ; donc tous les textes romains qui s'appliquent à l'empereur en Allemagne peuvent s'appliquer au roi en France (5). L'explication fit fortune et fut souvent répétée (6). Dès lors, l'armature est complète. Non seulement le droit romain ne peut en rien nuire à l'indépendance des Capétiens : il ne peut que favoriser leurs progrès.

Telle est néanmoins la force des traditions, que la question qui avait troublé les esprits au XIII^e siècle, continuait à les agiter au XVI^e et même au XVII^e siècle. De Grassaille (7), Loyseau (8), Le

(1) Il suffit, pour s'en convaincre, de lire le contexte dans les passages où le brocard est cité : — *Cout. de Touraine-Anjou*, art. 71 (éd. Viollet) : « ... car li rois ne tient de nului fors de Dieu et de lui » ; — *Jostice et Plet*, I, 16 : « Li rois ne doit tenir de nuil » ; — *Etabl. de saint Louis*, I, 83 (éd. Viollet). — Loisel, *Institutes coutumières*, I, 1, règle 2, traduit : « Le roi ne tient que de Dieu et de l'épée », formule qui ne paraît pas antérieure au XV^e s.

(2) Cf. *Lettre du clergé de France au pape Boniface*, 10 avril 1301 (a. st.) ; — et *Lettre des nobles de France aux cardinaux*, même date ; — dans G. Picot, *op. cit.*, p. 7 et 13.

(3) Cf. Esmein, *Cours d'hist. du Droit français*, 3^e éd., Paris, 1898, in-8°, p. 339.

(4) Cf. Degrassalius, *Regalium Franciæ lib. II*, Paris, 1538, in-8°, p. 316 : « Ad id quod dicit Petrus Jacobi quod in rege non cadit crimen majestatis, quia non dicit se imperatorem, quamvis vellet esse ; respondetur quod illud falsum, quia rex Franciæ est imperator in suo regno. »

(5) Baldus, sur la loi 7, Code Just., IV, 18.

(6) Cf. Boutillier, *Somme rurale*, II, 1 : « si sçachez que le roi de France, qui est empereur en son royaume, peut faire... tout et autant que à droict impérial appartient »; etc.

(7) Degrassalius, *loc. cit.*

(8) Loyseau, *Des seigneuries*, II, 74, Paris, 6^me éd., 1660, in-f°, p. 17.

Bret (1), Catherinot (2), croient encore nécessaire de démontrer que l'empereur n'a point de pouvoir en France et que le droit romain n'y est que toléré. L'ordonnance de Blois elle-même croit utile de renouveler l'interdiction d'enseigner le droit écrit à l'Université de Paris (1579) (3) ; il faut attendre le règne de Louis XIV pour voir enfin disparaître cette puérile frayeur (4). Mais nous n'avons pas l'intention de poursuivre cette étude au-delà du règne de Philippe-le-Bel : il nous suffit d'avoir montré comment au XIII^e siècle, l'attitude des rois de France à l'égard du droit écrit s'est trouvée « conditionnée » par leur politique à l'égard du Saint Empire.

(1) Le Bret, *De la souveraineté du roi*, liv. I, ch. 3, dans ses *Œuvres*, nouv. éd., Paris, 1689, in-f°, p. 5–6.

(2) Nicolas Catherinot, *Que les coutumes ne sont pas de droit étroit*, Bourges, in-4°, 1676, 19 p.

(3) *Ord. de Paris, dite de Blois*, mai 1579, art. 69 : « Défendons à ceux de l'Université de Paris de lire et graduer en droit civil. »

(4) *Edit d'avril* 1679, art. 1.

Frammenti del Digesto, ed una raccolta di definizioni in una collezione canonica del principio del secolo XII°

Note di **Luigi CHIAPPELLI**

Il manoscritto 109 (recente numerazione C. 135) dell' archivio capitolare di Pistoia, altrove da noi descritto (1), appartiene ai primi decenni del secolo XII° (2). Esso contiene una collezione canonica in tre libri, che risale al principio del medesimo secolo (3), derivata evidentemente dal così detto *Polycarpus*; e quindi fa parte di quella letteratura canonica, che trasse la sua origine dalla lotta per le investiture (4), quando la scienza romanistica affermavasi potentemente nelle scuole d'Italia. Questa collezione, oltre ad essere importante per la storia del diritto canonico (5), offre anche per la storia del diritto romano nel Medioevo elementi notevoli di studio, alcuni dei quali intendiamo illustrare nelle pagine seguenti.

Il compilatore della collezione ha fatto largo uso del diritto romano, riproducendo passi delle Istituzioni, del Digesto, del Codice, e dell'

(1) CHIAPPELLI L. — I manoscritti giuridici di Pistoia (Archivio Giuridico, 1885. XXXIV, p. 245 segg.).

(2) Il ms. è generalmente attribuito al principio del sec. XII°; lo stesso giudizio cronologico espressero il ch. Sig. Prof. Fitting, ed il compianto Prof. Cesare Paoli nel 1896, quando in Pistoia esaminarono tale codice.

(3) FOURNIER P. — Une collection canon. ital. du commencement du XII^{e} siècle (Ann. de l'Enseign. supérieur de Grenoble, 1894, VI, n° 3, p. 66). Esso crede sia stata composta verso il 1112; difatti vi è adoprato il *Liber de honore ecclesiae* di Placido da Nonantula, che sembra scritto nel 1111.

(4) Di questa collezione si ha un altro esemplare, sebbene con qualche variante, nel ms. Vaticano, 3831 (FOURNIER. — Op. cit., p. 4), e da essa deriva la collezione in 9 libri del ms. C. 118 contenuto nella Biblioteca del Capitolo della Basilica Vaticana (FOURNIER. — Op. cit. 96.). Questa collezione in tre libri, sebbene tragga elementi da antiche raccolte, quali forse la *Collectio Ans. dedicata* (sec. X), quella in 315 cap. del ms. 522 di Montecassino, e quella in 7 parti del ms. Vatic. 1346 (THANER. — Unters. u. Mitth. z. Quellenkunde d. canon. Rechts in Sitzungsber. d. k.Ak. d.Wiss. in Wien.LXXXIX. 601 segg), risente una certa influenza del gruppo delle collezioni francesi, come le raccolte di S. Ivo di Chartres e la *Tripartita*. Un nesso più diretto peraltro lo ha col gruppo romano, e specialmente colla collezione detta *Polycarpus* (1104-1112). Vedi FOURNIER. — Op. cit. 62. — SCHULTE. in Centralblatt f. Rechtswiss. V. 213. — FOURNIER. — Yves de Chartres et le Droit canon. 1898, p. 65.

(5) CONRAT. — Gesch. d. Quell. u. Liter. d. röm. Rechts im früh. Mittelalt. 1889, p. 375 segg.

Epitome Iuliani (1) ; queste ultime due fonti sono quelle più utilizzate nella raccolta. Ciò non è senza importanza, perchè, essendo la collezione composta in Italia, quando già cominciava ad essere in fiore lo Studio bolognese, si ha una conferma che l'abbandono dell' *Epitome* per l'*Authenticum* si effettuò con molta lentezza (2). I passi delle fonti romane in parte sono desunti dal *Polycarpus* ; altri invece attestano una conoscenza diretta dei testi.

Limitandoci ai frammenti tratti dal Digesto, ricordiamo che il loro apparire in una collezione canonica è di grande interesse storico, mentre la maggior parte delle simili raccolte del secolo XI, quali quelle di Anselmo, di Bonizone, di Burcardo, di Deusdedit, non serba traccia di quella fonte. Non bisogna dimenticare, che nel secolo XI i passi del diritto romano nelle collezioni canoniche erano scarsissimi. Al di là delle Alpi consistevano in qualche estratto dalle Novelle o dal Breviario Alariciano ; al di quà si citava qualche raro passo dalle Istituzioni, dal Codice, e dalle Novelle. Colla lotta per le investiture e colla riforma gregoriana la situazione cangia aspetto. Sulla fine del secolo XI gli studî dei canonisti ebbero un più vivo slancio ; si moltiplicarono i riferimenti al diritto romano, e fra queste citazioni cominciò ad apparire il Digesto. È questo uno dei caratteri più salienti della ricca serie di collezioni inspirate dalla riforma gregoriana, che dovevasi chiudere coll'opera monumentale di Graziano. Al risorgimento della scienza del diritto non furono estranee le lotte ardenti, che con Gregorio VII scoppiarono fra chiesa ed impero.

Difatti i primi saggi dell' uso del Digesto nella letteratura canonica s'incontrano verso il 1090 nella collezione italiana del British Museum ms. 8873 (3), e per influenza di essa in Ivo di Chartres, nella *Caesaraugustana*, nella *Tripartita*, e nel *Polycarpus*. Quindi da questo punto di vista la collezione Pistoiese in tre libri ha notevole importanza anche per la storia del Digesto.

(1) Fournier. — Une collect. p. 96.

(2) Per l'uso dell'Epitome Iuliani da parte d'Irnerio, di Alberico, e di Cipriano vedasi Chiappelli L.— Glosse d'Irnerio e delle sua scuola. in Mem. Accad. Lincei. 1885-86, p. 11. — Fitting. — Zusätze zu Savignys-Rechtsgesch. (Zeitschr. d. Sav.-Stift, XXVI, röm. Abth. p. 54).

(3) Conrat. — D. Pandekten. — u. Inst. Auszug d. Brittisch. Decretalensammlung. Quelle d. Ivo. 1887.

I frammenti del Digesto, che dal *Polycarpus* sono passati nella collezione in tre libri, sono stati pubblicati su quel testo dall' Hüffer (1), e quindi ne omettiamo la riproduzione. Essi sono i seguenti;

1, § 24 a 30. Dig. de vi armata XLIII, 16, ex libro digestorum. Siue autem corpore..... videri ui deiectum.

3, § 9, ibid. Eum igitur qui..... sed ex continenti.

32, § 1, Dig. de leg. I, 3. Iulianus in libro XXXIV digestorum. Inueterata consuetudo.... desuetudinem abrogentur.

30, Dig. de reg. iur. L. 17. Nuptias..... consensus facit (2).

Invece i due passi seguenti sono tratti direttamente dal Digesto, e quindi è utile conoscerne la lezione, che pubblichiamo col confronto del testo fiorentino secondo la grande edizione del Mommsen, e della lezione bolognese, per la quale abbiamo usata l'edizione di J. Petit (Parigi, 1513–14). Il primo di essi si trova anche nel ricordato ms. Vat. 3831 (3), ed è la legge 239, § 8 e 9. Dig. de verb. sign. L. 16.

TESTO FIORENTINO POMPONIUS LIBRO SINGULARI ENCHIRIDII	TESTO PISTOIESE POMPEIUS IN LIBRO	TESTO BOLOGNESE POMPONIUS
..... Territorium est uniuersitas agrorum intra fines cuiusque ciuitatis: quod ab eo dictum quidam aiunt, quod magistratu eius loci intra eos fines terrendi, id est summouendi ius habet. Uerbum suum ambiguum est, utrum de toto an de parte significat. et ideo qui iuret suum non esse, adicere debet neque sibi communem esse.	Territorium est uniuersitas agrorum inter fines cuiusque ciuitatis. Quod ab eo dictum quidam aiunt, quod magistratus eius loci inter eos fines terendi. id est. submouendi ius habet. Verbum suum ambiguum est, utrum de toto an de parte significat. Et ideo qui iurat suum non esse adicere debet neque sibi commune esse.	..... Territorium est universitas agrorum intra fines cuiusque civitatis; quod ab eo dictum quidam aiunt : quod magistratus eius loci intra eos fines terrendi. id est. summouendi ius habent. Uerbum suum ambiguum est : utrum de toto, an de parte significet : et ideo qui iurat suum non esse adiicere debet neque sibi commune esse.

Il secondo passo del Digesto è la seguente legge; (4) 16 Dig. qui satisd. cog. II, 8.

(1) HÜFFER. — Beitr. z. Gesch. d. Kirchenrechts u. Röm. Rechts im Mittelalt. 1862 p. 89 sgg.

(2) I primi due passi nel ms. Pistoiese sono trascritti sul f. 124^{r} (tit. *de tricennali possessione*); il terzo sul f.187 (tit. *de consuetudine*),e il quarto sul f.206^{r}(tit.*de coniugiis et adult.*).

(3) FOURNIER.— Une collection. p. 57. Nel ms. Pist. è al f. 221^{r} (tit. *de multimodis iuramentis.*

(4) È nel ms. capit. Pistoiese al f. 224^{r} (tit. *de iuramentis*).

PAULUS LIBRO SEXTO AD EDICTUM	PAULUS LIBRO VI AD EDICTUM	PAULUS
Qui iurato promisit iudicio sisti, non uidetur peierasse, si ex concessa causa hoc deseruerit.	Qui iurato promisit iudicio sisti. non uidetur periurasse si ex concessa causa hoc deseruerit.	Qui iurato promisit iudicio sisti non videtur periurasse si ex concessa causa hoc deseruerit.

Inoltre la collezione di canoni in discorso è arricchita da numerose aggiunte, apposte alla fine di molti titoli della raccolta, e da glosse marginali, dovute alcune all'amanuense stesso del testo, ed altre a vari studiosi della prima metà del secolo XII. Fra queste pure figura il Digesto coi passi seguenti. Il primo di essi contiene i frammenti 9 e 10, Dig. de accusat. XLVIII, 2, e, per quanto ci consta, non si trova in altre raccolte canoniche del tempo. È scritto nel margine del codice da una mano differente da quella del testo, ma che pure appartiene al secolo XII (1).

TESTO FIORENTINO PAULUS LIBRO QUINTO SENTENTIARUM	TESTO PISTOIESE PAULUS ET ERMOGEN. IN XLVIII LIBRO DIGESTORUM	TESTO BOLOGNESE PAULUS
Alii propter suspicionem calumniae,ut illi, qui falsum testimonium subornati dixerunt: Hermogenianus libro sexto iuris epitomarum. Nonnulli propter paupertatem, ut sunt qui minus quam quinquaginta aureos habent.	Alii propter suppitionem calumpniae ut illi qui falsum testimonium subornati dixerunt. non nulli propter paupertatem ut sunt qui minus quam. L. aureos hat ent ab accusatione repelluntur.	Alii propter suspitionem calumniae: ut illi qui falsum testimonium subornati dixerunt. — Her. Nonnulli propter paupertatem : ut sunt qui minus quam quinquaginta aureos habent.

L'altro passo (2) è una aggiunta fatta nel testo della collezione da un altro studioso, pure della prima metà del secolo XII. Esso comprende i seguenti frammenti : 7, 11, 12, 13 e 14, Dig. de sponsal, XXIII, I.

PANDECTARUM LIBRO XXIII. TITULO 1.

In sponsalibus consensus.....	euidenter dissentiat.
Item.	
Sponsalia sicut.....	consentire oportet
Quae patris uoluntati.....	a patre eligitur.
Filio familias.....	non possunt.
In sponsalibus contrahendis.....	quam. Vil. annis.

Questi frammenti si ritrovano anche in altre collezioni canoniche di poco anteriori alla Pistoiese, quali quella del British Museum

(1) Ms. capit. Pist. f. 135^r (tit. *de accusatione*).

(2) Ms. capit. Pist. f. 204 (tit. *de coniugio*).

descritta dal Conrat (1), il *Decretum* d'Ivo di Chartres (2), la *Caesaraugustana*, e la *Tripartita*. La lezione del testo concorda con quella della *Tripartita*, per cui senza farne la riproduzione ci riferiamo alla edizione data dal Mommsen (3).

Non sono certamente numerosissimi i frammenti del Digesto in questa collezione in tre libri ; ma, dato la scarso uso di quella fonte nelle più antiche raccolte del genere, è importante seguire passo a passo i progressi dell'uso di quella fonte classica nella letteratura canonica. Per lo meno questa collezione mostra, che in quella letteratura a principio del secolo XII si attribuiva molto valore al diritto romano, e che il Digesto si utilizzava sempre più di giorno in giorno. Certo ancora le fonti preferite erano per i canonisti le Istituzioni, il Codice, e l'*Epitome Iuliani*, perchè più facili all' intelligenza, e perchè prodotti dell' età cristiana ; ma già il clero aveva accettata la massima fonte del diritto classico, dal momento che verosimilmente (4) nella famosa carta di Marturi del 1076 è l'avvocato della chiesa di S. Michele che allega il Digesto. Di più, mentre le precedenti collezioni traevano elementi specialmente dal *Digestum Vetus* (5), comprese quella del British Museum, il *Decretum* d'Ivo di Chartres, e la *Tripartita*, questa in tre libri si estende anche al *Digestum novum*. La corrente iniziale poi andò ingrossando nell' età grazianea, come ne fan fede le *Summae* di Paucapalea, di Stefano Tornacense, e di Ruffino.

Riassumendo, la collezione in discorso contiene due frammenti del *Dig. vetus*, quattro del *Dig. novum* ; le glosse comprendono cinque frammenti del primo, e due del secondo. Quattro di questi passi sono tratti dal *Polycarpus*, e cinque dalla *Tripartita* (6); i rimanenti, cioè due del testo, e due della glossa non sono luoghi comuni

(1) Conrat. — D. Pandekten. — u. Inst. Auszug., p. 10.

(2) Digesta Iustiniani. — Ed. *Mommsen*, addit., p. 47*.

(3) Digesta. — Ed. *Mommsen*, addit., p. 43* e 47*.

(4) È secondo noi naturale attribuire alla parte e non al giudice il riferimento al Digesto in quel documento, perchè il giudice doveva pronunziarsi *secundum acta et probata*. E da questo punto di vista la citazione del Digesto acquista maggior valore, perchè non dovuta a un legista eminente come Pepo, ma ad un legale di comune livello: ciò vuol dire, che il Digesto era già di uso comune.

(5) Conrat. — Gesch. d. Quell. u. Liter. d. röm. Rechts. p. 352, 375, 379, 385. — Digesta, ed. *Mommsen*, addit. 43* seg.

(6) Digesta Iustiniani. ed. *Mommsen*. add. 43*.

ad altre collezioni, e quindi attestano, che tanto il collettore, quanto il glossatore sono ricorsi a manoscritti del Digesto, i quali dovevano risalire per lo meno a principio del secolo XII, e più probabilmente al secolo XI. Quindi si vede, che in quella epoca non vi era tutta quella penuria di manoscritti di tale fonte, quale oggi si suppone. E verosimilmente si tratta di due manoscritti distinti del Digesto, perchè mentre il collettore cita il frammento per mezzo della iscrizione, e quindi mostra di avere davanti a se un manoscritto assai corretto (1), il glossatore invece cita il libro del Digesto ; l'iscrizione dei fr. 9 e 10, Dig. XLVIII, 2 è incompleta, e per ciò è da supporre che possedesse un manoscritto meno integro del primo.

I passi del Digesto in esame verosimilmente ci attestano un altro fatto; che cioé, tanto il collettore, quanto il glossatore erano estranei ad ogni influenza bolognese. Anzi tutto, perchè la scuola di Bologna trascurò le iscrizioni dei frammenti; in secondo luogo, perchè non è seguita la forma stereotipa delle citazioni usata dai Bolognesi (2). Parimente la lezione ci sembra non sia quella bolognese; anzi, senza riprodurre con tutta esattezza la *littera Pysana*, molto le si avvicina, in modo che può giovare alla critica del testo. Questo fatto dimostra, che fuori di Bologna a principio del secolo XII circolavano manoscritti del Digesto con lezione independente dalla bolognese. Fino alla prevalenza assoluta dell' influenza di Bologna, ogni scuola aveva tradizioni proprie, tanto che nella storia delle fonti devesi distinguere regione da regione. Difatti mentre la scuola bolognese trascura le iscrizioni dei frammenti del Digesto, nella lontana Germania Wibaldo di Stablo (3), e nell' Italia centrale il glossatore del ms. Sessoriano 110 delle Istituzioni (4) (sec. XI), citano il Digesto colle iscrizioni

(1) Il ms. che servì al collettore mostra d'avere anche la divisione in paragrafi, come resulta dal testo qui edito del fr. 239, § 8 e 9, Dig. L, 16.

(2) Schupfer. — Manuele di storia del D° ital. 1895. p. 198. Fitting. — Le scuole di D° in Francia durante l'XI sec. (Bull. d. Ist. di D° R°. a. 1891, fasc. III-IV, p. 179). — Fitting. — Quaest. d. iur. subtilit. d. Irnerius, 1894, p. 16.

(3) Fitting.— Le scuo. di D° in Francia (loc. cit. p. 178 seg). — Fitting. — D. Instit. glos. d. Gualcausus, 1891, p. 40.

(4) Patetta. — Nota sopra alcuni mss. delle Istituzioni di Giustiniano. (Bull. Ist. di D° R° a. 1891, fasc. 1-11, p. 64 segg). Questa mancanza di rapporti dei frammenti in esame colla lezione bolognese è tanto più notevole, in quanto in generale le scritture dell' epoca invece la riproducono, e così pure le collezioni canoniche del tempo. Ciò può dirsi del libro di Tubinga (Conrat. — Gesch. d. Quell. p. 434), della *Summa Trecensis* (Fit-

integre, e quindi avevano dinanzi dei manoscritti più corretti di quelli bolognesi.

Ogni nuovo elemento di osservazione in questo campo, ancora così oscuro della storia del Digesto, merita attenzione. Ed invero si hanno gravi incertezze sui testi di quella fonte, che circolavano nelle scuole ; con esattezza non puo dirsi quale estensione ebbe la così detta *littera vetus* (1) ; che cosa è la *littera antiqua* che pur troviamo ricordata (2) ; quando e come si andò costituendo la *littera bononiensis*. Siccome questa si trova già formata circa la metà del secolo XI (3), e una tale opera dovette richiedere un notevole spazio di tempo, ci sembra che anche questo solo fatto ci autorizzi a ritenere, che il Digesto non è riapparso ad un tratto, come la Minerva armata della favola, colla ben nota carta di Marturi, e che anzi da lungo tempo dovette essere oggetto di studio nelle scuole (4).

Dall' uso del Digesto in questa collezione in tre libri, si possono trarre anche alcune conclusioni circa l'origine della collezione stessa, e dei due manoscritti nei quali è conservata. Quanto al primo punto, la maggior copia dei passi del Digesto nella collezione in tre libri che non nel *Polycarpus*, attesta, che questa raccolta è anteriore a quella del manoscritto in esame. Ciò è confermato dal fatto, che il *Digestum Novum* è nel ms. Pistoiese assai utilizzato. La forma poi della citazione dei testi, e la lezione del Digesto, escludono con ogni probabilità che la collezione in tre libri abbia avuta origine in territorio soggetto all' influenza di Bologna. In fine la maggior copia dei frammenti del Digesto nel ms. Pistoiese a confronto del Vaticano 3831 dà indizio, che quest' ultimo sia più antico : difatti il Pistoiese

TING. — Summa Cod. d. Irnerius, 1894, p. LXXVII), del *Brachylogus*, dell' estratto dal Digesto che servì alla collezione del British Museum, delle opere d'Ivo di Chartres (CONRAT. — D. Pandekten u. Inst. auszug, p. 14), e del *Polycarpus* (CONRAT.— Gesch. d. Quell. p. 375). Anche i mss. del Digesto, Parigino 4450 e Vaticano 1406, sono della fine del sec. XI, e contengono la *littera bononiensis*.

(1) SCHUPPER. — Manuale, p. 498.

(2) *L'antiqua* trovasi citata in SAVIGNY. — Sto. del D° R° nel Medioevo, v. 3, ai n^i 8 e 216 delle varianti notate dai chiosatori nel testo delle Pandette. Inoltre vi sono ricordi di altre notate lezioni o *litterae* del testo, differenti dalla *pysana* e dalla *bononiensis*. SAVIGNY. — Op. cit.loc. cit. n^i 307, 322.

(3) CONRAT. — D. Pand. u. Inst. auszug., p. 17.

(4) FITTING. — Z. Gesch. d. Rechtswissen. im Mittelalt. (Zeitschr. d. Sav.-Stift. f. Rechtsgesch. VI. Rom. Abth. p. 110 segg.). FITTING.—D. Inst. glos. d. Gualcausus. p. 54 seg.

è più ricco del Vaticano anche in estratti dalle altre fonti del diritto romano (1).

Il manoscritto Pistoiese, del quale ci occupiamo, contiene anche una breve scrittura importante per lo storico del diritto. Nel mezzo al tit. *de poenitentia*, lib. III, della ricordata collezione, e quantunque estranea ad essa, l'amanuense stesso del codice, in una pagina rimasta in bianco, ha trascritta una raccolta di definizioni, e di frammenti del Digesto (2). Ne riproduciamo qui il testo, conservando l'ortografia originaria ; soltanto abbiamo sostituita la virgola al punto nel corso del periodo. Abbiamo anche aggiunta la numerazione progressiva delle definizioni, onde sia possibile citarle. Nel manoscritto da principio ogni definizione fa capoverso ; dopo la scrittura continua senza interruzione, ma ogni passo è distinto dal segno del paragrafo. Le quattro definizioni recanti il segno*, nel manoscritto hanno l'iniziale dipinta in rosso. La raccolta è scritta, come il rimanente del codice, su due colonne.

f. 242r.

1. — Pax itaque corporis est ordinata temperatura partium (3).
2. — Pax animae inrationalis ordinata requies appetitionum (4).
3. — Pax animae rationalis, ordinata cognitionis actionisque consensio (5).
4. — Pax corporis et animae, ordinata uita, et salus animantis (6).
5. — Pax hominis mortalis et dei, ordinata in fide sub eterna lege obedientia (7).
6. — Pax hominum ordinata concordia (8).
7. — Pax domus ordinata imperandi, obediendique concordia cohabitantium (9).
8. — Pax ciuitatis ordinata imperandi, atque obediendi concordia ciuium (10).

(1) Fournier. — Une collection, p. 54.
(2) Questa scrittura manca nel ms. Vatic. 3831.
(3) S. Agostino. — De civitate Dei. XIX, capp. 13 e 14.
(4) S. Agostino. — De civ. Dei. XIX, 13 e 14.
(5) S. Agostino. — De civ. Dei. XIX, 13 e 14.
(6) S. Agostino. — De civ. Dei. XIX, 13 e 14.
(7) S. Agostino. — De civ. Dei. XIX ,13 e 14.
(8) S. Agostino. — De civ. Dei, XIX, 13 e 14.
(9) S. Agostino. — Op. cit. XIX, 13, 14 e 16.
(10) S. Agostino. — Op. cit. XIX, 13 e 17.

9. — Pax coelestis ciuitatis, ordinatissima et concordissima societas fruendi Deo, et inuicem in Deo (1).
10. — Pax omnium rerum tranquillitas ordinis (2).
11. — Ordo est parium dispariumque rerum, sua cuique loca tribuens dispositio (3).
12. — * *Augustinus.* Crimen est peccatum grave accusatione, et dannatione dignissimum (4).
13. — * Perfectio boni est consumptio mali (5).
14. — * Matrimonium est appellatum quod non ob aliud debeat femina nubere, quam ut mater fiat (6).
15. — Contra. Virginis definitio est sanctam esse corpore et spiritu.
16. — * Pietas est religio uel reuerentia in Deum et parentes exhibita quidam addunt in patriam et amatores patriae (7).
17. — Iniquitas est quae et anomia dicitur, quicquid contra legem Dei sit. Et dicitur iniquitas mentis acerbitas (8) ; dum malum mente concipitur.
18. — Peccatum perpetratio mali.
19. — Malitia fraus, et cogitatio prauae mentis (9).
20. — Fornicatio..... (10).
21. — Auaritia est cupiditas rerum inexplebilis.
22. — Nequitia est audacia peccati (11).
23. — Contentio est, ubi ueritas non quaeritur, set animositas fatigatur.

(1) S. Agostino. — Op. cit. XIX, 13 e 17.

(2) S. Agostino. — Op. cit. XIX, 13.

(3) *Cicerone.* — Rhetor. lib. 1. — S. Agostino. — Op. cit. XIX, 13.

(4) S. Agostino.— In Iohan. Evangel. c. 8. tract. XLI, nº 9. Questa definizione si trova in uso anche in legisti del sec. XVI. *Medici* Seb.— Tract. de definitionibus. Floren. 1571, p. 272.

(5) S. Agostino. — In Ioh. Evang. c. 8. tract. XLI, nº 12.

(6) S. Agostino.— Contra Faustum. lib. XIX, c. 26.— Epitome Exact. reg. ed. Conrat Add. I, 23. — Glo. Accur. § 1. Inst. I, 9. v. *nuptiae.*

(7) Alcuni elementi di questa definizione sono in *Cicerone.*— De inventione lib. II; altri in S. Agostino.—De civ. Dei. X, c. 1, ed altri in S. Agostino. — Liber de diver. quaest. Quaest. 31.

(8) Papia. — Vocabulista. Venet. 1496. v. *peccatum.*

(9) Papia. — Vocab. v. *malitia.*

(10) Il testo della definitione manca, ma senza che vi sia discontinuità nella scrittura.

(11) Papia. — Vocab. v. *auarus.*

24. — Malignitas est malitiae opus (1).
25. — Superbus est peruersae celsitudinis appetitor (2).
26. — Elatus qui effertur super mensuram suam.
27. — Heretici sunt qui in fide sanctae trinitatis errant.
28. — Scismatici sunt ; quos non fides diuersa facit set disrupta societas communionis. (3).
29. — Mali catholici qui recte credunt, set non sicut credunt viuunt (4).
30. — Arbitrare est iudicare, uel testificari.
31. — Signum est quod aliud est et aliud significat (5).
32. — Signaculum est quod alicui rei ad hoc imprimitur ut lateat quo usque reseretur (6).
33. — Pietas est cultus et religio Dei, et misericordia in proximum (7).
34. — Neophitus ad fidem nouiter conuersus, uel nouiter deserens malitiam (8).
35. — Vim enim facere hoc est expellere possidentem, possessionemque diripere.
36. — Gloria est frequens de aliquo fama cum laude (9).
37. — Facultas est bene dicendi copia in omni quaestione.
38. — Ratio est ordo rerum gerendarum ex causis prouenientium (10).
39. — Diffinitio est breuis ac lucida oratio qua quis diffinit breuiter explicat quid sit (11).

(1) Papia. — Vocab. v. *malitia.*

(2) S. Agostino. — De civ. Dei. XIV, 13. — Papia. — Vocab. v. *superbus.*

(3) S. Agostino. — Quaest. septemdecim in Matth. Quaest. XI. — Papia. — Vocab. v. *scismatici.*

(4) Molti elementi di questa definizione sono in S. Agostino. — Quaest. sept. in Matth. Quaest. XI.

(5) Alcuni elementi in S. Agostino. — De doctrina Christiana lib. I. c, 2. — Papia. — Vocab. v. *signum.*

(6) Papia. — Vocab. v. *signaculum.*

(7) S. Agostino. — Sermo LXXXV de verb. Evangel. Matth. 19, c. V, e De civit. Dei X, c. 1. — Ruffino. — Summa. ed. Schulte, 1892, p. 86.

(8) Stefano Tornacense. — Summa, ed. Schulte, 1891, p. 124.

(9) *Cicerone.* — De invent. lib. II.— S. Agostino. — In Iohan. Evangel. c. 17, tract. CV.— Papia.— Vocab. v. *gloria.*— Libell. de verbis quibusdam legal. nº 61, ed. Patetta (Bibl. iur. med. aevi. 1892, p. 131) Vedansi quivi altri luoghi citati in proposito.

(10) Papia. — Vocab. v. *ratio.*

(11) Papia. — Vocab. v. *definitio.* — Libell. de verb. quib. leg. nº 69 (Bibl. iur. med. aevi 1892, p. 132). Vedansi quivi altre citazioni relative al passo.

40. — Descriptio tamquam quibusdam coloribus depictio (1).
41. — Tempus est certa et rationabilis dimensio more et actus mutabilium rerum, id est, nostrarum actionum et passionum (2).
42. — Sententia est firma et indubitata responsio (3).
43. — Opinio prolatum cum dubietate responsum (4).
44. — Matrimonium est uiri et mulieris coniunctio individuam consuetudinem uitae continens (5).
45. — Affinitas est regularitas personarum ex nuptiis nobis adiuncta omni carens parentela (6).
46. — Difficile est et imo impossibile est placere omnibus nec tanta uultuum quanta sententiarum diversitas est.
47. — Ulpianus in libro XI. In usucapionibus non a momento ad momentum, set postremum diem computabimus. Ideoque

(1) Papia. — Vocab. v. *descriptio.* — Libell. de verb. quib. leg. n° 70 (Bibl. iur. med. aevi. 1892, p. 132). Vedasi quivi la nota 2.

(2) Papia. — Vocab. v. *tempus.*

(3) Questa definizione risale alle Istituzioni di Teofilo, § 8, de iure nat. I, 2.— MS. Bibl. nazion. di Parigi lat. 4421 (sec. XI) (Flach. — Etud. crit. sur l'hist. du Droit Rom. au Moyen Age, 1890, p. 139, n° 41).— Glossar. Is. Sal. v. *sentes.* (Epit. Exact. Regib. ed. Conrat. Add. IV, n° 5, p. 202.— Add. I, in Epit. Exact. Reg., p. 152, n° 15. — Libell. de verb. quib. leg., n° 6 (Bibl. iur. med. aevi. 1892, p. 129. — Vedansi quivi citati altri luoghi) — Excerpta Cod. Vatic. reg. 435, n° 121, ed. Patetta (Bibl. iur. med. aevi. 1892, p. 137). Glo. Vat. Brachyl. l. 5, 6, v. *sententiae,* ed. Böcking, p. 201. — Glo. Accur. 8, Inst. de iure nat. I, 2, v. *sententiae.* — La stessa definizione colla parola *manifesta* in luogo di *firma* è in Libell. de verb. legal., n° 32 (Fitting. — Iur. Schr., p. 193.)— Expos. termin. usit., n° 98 (Fitting. — Iur. Schr., p. 164).

(4) Anche questa definizione proviene dalla Parafrasi alle Istituzioni di Teofilo, § 8, de iure nat. I, 2. — MS. Parig. cit. (Flach. — Op. cit. 139, n° 40).— Epit. Exact. reg. Add. I, 15. — Excerpta Cod. Vatic. reg. 435, ed. Patetta (Bibl. iur. med. aevi. 1892, p. 137, n° 121). Vedansi quivi citati altri luoghi in proposito. — Glo. Accur. 8, Inst. de iure nat. I, 2, v. *opiniones.*

(5) l. Inst. de pat. pot. I, 9. — Expos. termin. usit. n° 77. — Libell. de verb. leg. n° 52. — Papia. — Vocab. v. *nuptiae.* — Ivo. — Pannormia. VI, 1. — Epit. Ex. reg. III, 11, e Add. I, 23.

(6) In eguale forma, salvo lieve variante, questa definizione si trova anche nella Glossa Colon. alle Istit. (Fitting. — D. Instit. glosse d. Gualcausus, p. 95, n° 18). — Azo. — Sum. Cod. de nuptiis, lib. V, 4, n° 13 ; con qualche variante in *Uguccione* (Liber derivationum, v. *affinis,* in Epit. Ex. reg. ed. Conrat, p. 204).— De verb. quib. leg. (Bibl. iur. med. aevi, 1892, p. 131, n° 52). — Exc. cod. Vat. reg. 435. (Bibl. iur. med. aevi. 1892, p. 132, n° 1). — Epit. Ex. reg. Add. I, § 23, p. 154). — MS. Parig. cit. (Flach. — Op. cit.

qui hora sexta diei, kalendarum ianuariarum possidere ceperit, hora sexta noctis pridie kalendas ianuarias implet usucapionem (1).

48. — Paulus libro IIII. In omnibus temporalibus actionibus nisi nouissimus totus dies compleatur non finit obligationem (2).

49. — Celsus in libro XXXVIIII. Cum bissextum kalendis est nichil refert utrum priore an posteriore die quis natus sit, et deinceps. VI. kalendas eius natalis dies est. Nam id biduum pro una die habetur, set posterior dies intercalatur, non prior ideo quodammodo intercalatum est, VI kalendas natus, cum bissextum kalendis est, priorem diem natalem habet (3).

p. 140, n° 45). — Sententiae Rodlandi. *de imp. affin.*, ed. GIETL, 1891, p. 304). — Glo. Accur. 6, Inst. de nupt. I, 10, v. *adfinitatis*. Per altre citazioni di luoghi vedasi la nota 18 del Patetta nel cit. vol. della Bibl. iur. p. 131. Finalmente la definizione comparisce in versione greca in Costant. Harmenop, lib. IV, tit. 6, n° 24 (BRISSONIUS. — De verb. sign. 1743, 1, p. 23, v. *adfines*); quindi ebbe larga diffusione. Essendo contenuta essa nella Glossa di Colonia (mano antica), e nel MS. Pistoiese (sec. XII, in.), doveva essere di uso comune nel secolo XI. Dall' antichità certamente non deriva, perchè manca a Isidoro, e non si trova nel *Corpus iuris*, e negli altri scritti dell' antichità classica. Del resto anche la strana parola *regularitas* nel senso di *necessitudo, habitudo, familiaritas* è estranea al ricco tesoro dell' antico latino.

(1) FR. 6 E 7, DIG DE USUC. XLI,3.

TESTO FIORENTINO	TESTO BOLOGNESE
Ulpianus libro undecimo ad edictum. In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus. Idem libro uicensimo septimo ad Sabinum. Ideoque qui hora sexta diei kalendarum Ianuariarum possidere coepit, hora sexta noctis pridie kalendas Ianuarias implet usucapionem.	Ulpianus. In usucapionibus non a momento ad momentum sed totum postremum diem computamus. Idem. Ideoque qui hora sexta diei kalendarum ianuariarum possidere ceperit: hora sexta noctis pridie kalendarum ianuariarum implet usucapionem.

(2) FR. 6, DIG DE OBL. ET ACT. XLIV, 7.

Paulus libro quarto ad Sabinum. In omnibus temporalibus actionibus nisi nouissimus totus dies compleatur, non finit obligationem.	Paulus. In omnibus temporalibus actionibus nisi nouissimus totus dies impleatur: non finit obligationem.

(3) FR. 98, DIG. DE VERB. SIGN. L, 16.

Idem (Celsus) libro trigensimo nono digestorum. Cum bisextum kalendis est, nihil refert, utrum priore an posteriore die quis natus sit, et deinceps sextum kalendas eius natalis dies est: nam id biduum pro uno die habetur. sed posterior dies intercalatur, non prior: ideo quo anno intercalatum non est sexto kalendas natus, cum bisextum kalendis est, priorem diem natalem habet.	Idem (Celsus). Cum bisextus in kalendis est nichil refert utrum priore an posteriore die quis natus sit: et sic deinceps sexto kalendas eius natalis dies est. Nam id biduum pro uno die habetur: sed posterior dies intercalatur non prior: ideo quo anno intercalatum non est: sexto kalendas natus cum bisextus kalendis est priorem diem natalem habet.

50. — *Ambrosius* (1). Officium ab efficiendo dictum putamus quasi efficium. Set propter decorem sermonis una inmutata littera officium nuncupari, uel certe ut ea agas quae nulli officiant prosint omnibus (2).

Questa raccolta è certamente copia di un originale più antico ; difatti la definizione della *fornicatio* (nº 20) è sfuggita alle cure dell' amanuense. Quindi probabilmente il testo oltrepassa il secolo XII. Il fatto, che spesso le definizioni di Papia alle medesime voci son differenti da quelle della raccolta Pistoiese, e che talvolta soltanto alcuni elementi di queste si trovano nel *Vocabulista*, ci fa supporre, che l'autore della raccolta non abbia fatto uso del *Vocabulista* (circa a. 1063), e che piuttosto un fondo antico di definizioni abbia dovuto servire all'uno e all'altro scrittore. Nessun altro dato ci permette di determinare con maggiore precisione l'origine, e l'epoca, cui risale questa scrittura contenuta nel ms. Pistoiese.

Essa è una raccolta di definizioni tratte dalle opere di Cicerone, di S. Ambrogio, di S. Agostino, e dalle fonti del diritto romano, e di definizioni che si trovano in Papia, e nelle opere giuridiche del periodo pre-bolognese, o del principio del sec. XII, quali la Glossa di Colonia alle Istituzioni, l'*Expositio terminorum usitaciorum*, ed il *Libellus de verbis legalibus* ; definizioni che permangono lungamente nelle scuole, e riappariscono fino nella Glossa Accursiana. Ricorda gli *Excerpta* del ms. Parigino delle Istituzioni 4421 (sec. XI), e le definizioni del ms. di Cambridge f. 183 (sec. XII) illustrate dal Flach (3); è cioè una raccolta di principî, che venivano accettati dalle scuole rinascenti, come eredità di altre più antiche. Ed era questa una forma letteraria dell'epoca (4), cui appartengono molti glossarî (5) ; è una di quelle scritture insomma, che preludiano la letteratura posteriore dei *Vocabularia iuris* ordinati alfabeticamente (6).

(1) Questa definizione è scritta da una mano differente ; ma pur sempre del secolo XII.

(2) S. Ambrogio. — Officiorum liber. lib. I, c. VIII. Isidoro Ispal. — Originum lib. VI de officiis. — Papia. — Vocab. v. *officia*.

(3) Flach. — Étud. crit. p. 69, 131 segg., 309 seg.

(4) Il Fitting (Iur. Schr. p. 36, 39. — D. Inst. glos. d. Gualc. p. 41 seg.) suppone, che l'*Exp. termin. usit.* e. il *Libel. de ver. leg.* traggano origine da un più antico glossario giuridico alfabetico.

(5) Loewe. — Prodr. corporis Glossariorum Latinorum, 1876, p. 88, 109, 155, 222 segg

(6) Seckel. — Beitr. z. Gesch. beid. Rechte i. Mittelalt, 1898, p. 196 seg. — Del resto

Questa raccolta, compresa in un manoscritto che doveve servire all' insegnamento in una scuola capitolare, è importante, anche perchè ci attesta quale era lo stato della cultura in tali scuole. Si collega ad un periodo primitivo dell' insegnamento, quando i principî del diritto si trovavano associati alle arti liberali, ed in specie alla rettorica; in essa la trattazione del *genus iudiciale* apriva la via ad una sommaria cognizione del diritto, che doveva servire all'eloquenza forense ed al *dictamen prosaicum* (1). Pure questo connubio non è rimasto senza resultati ; per esso le scuole capitolari hanno contribuito a popolarizzare la conoscenza del diritto (2), a iniziare una grande scuola di canonisti, ed è per effetto di ciò, che tanti antichi testi giuridici e manoscritti delle fonti sono giunti a noi conservati negli archivi capitolari.

Ma la parte senza dubbio più importante della raccolta sono i frammenti del Digesto contenutivi. Essi in numero di quattro appartengono al *Digestum novum*, ed attestano l'uso diretto della fonte, perchè non si trovano in altre collezioni del tempo. Si scorge ormai, che il clero studia il Digesto, non soltanto per inserirne nelle collezioni canoniche qualche frammento, come finora aveva fatto. Il Digesto non è più esclusivamente adoprato da uomini di superiore cultura ; ma è penetrato nelle scuole capitolari, a migliorare le condizioni dell' insegnamento, ed a formare il criterio giuridico nel giovane clero. È notevole, che questi estratti dal Digesto probabilmente non hanno alcun contatto colla tradizione bolognese ; 1° perchè la citazione è fatta non secondo la forma bolognese, ma mediante l'iscrizione, e questo prova che il manoscritto adoprato doveva essere assai completo; 2° perchè la lezione del testo, lungi del seguire la *littera bononiensis*, coincide quasi esattamente colla *littera pysana*. Difatti nei due primi frammenti si hanno piccole discordanze con questa, i quali possono essere errori di copia; il terzo

anche il *Liber Distinctionum* di *Iohannes de Deo*, che è il più antico vocabolario giuridico alfabetico della metà del secolo XIII, contiene termini estranei alla terminologia giuridica (Seckel. — Op. cit. p. 458, 462 segg).

(1) Fitting. — D. Anf. d. Rechtsschule z. Bologna, 1888, p. 15 segg.

(2) È per questo, che fino nei sec. XIV e XV troviamo, che i predicatori italiani discutevano pubblicamente nelle chiese contro i legisti sopra punti controversi di diritto ; di ciò troviamo ricordi anche nelle opere degli antichi giureconsulti, che per brevità omettiamo.

coincide colla *pysana*; il quarto infine si puo dire riproduca questa, e difatti la parola *quodammodo* in luogo di *quo anno* verosimilmente è errore d'interpretazione di scrittura. Ma nelle parti sostanziali e caratteristiche anch'esso segue la lezione del testo oggi fiorentino. L'unica sostanziale differenza con questo è, che il secondo frammento manca d'iscrizione, e fa seguito al primo.

Abbiamo forse cosi dinanzi a noi un'antica traccia dell'uso, sia diretto, sia indiretto, del manoscritto allora pisano delle Pandette, in un codice che da lunghi secoli è custodito in Pistoia, e quindi a poca distanza da Pisa ? Non possiamo affermarlo con sicurezza ; ma la supposizione ha molta verosimiglianza. È certo che i rapporti strettissimi di natura intellettuale, artistica, giuridica, politica ed economica, onde furono collegati i comuni di Pisa e di Pistoia, e pei quali Pistoia nel primo periodo della vita comunale fu soggetta all' influenza pisana, finchè fu schiacciata dopo fierra esistenza dalla potenza fiorentina, potrebbero accrescere tale verosimiglianza. Del resto non è infondato il pensare, che il manoscritto possa provenire da Pisa (1); uno dei glossatori di questo manoscritto, dal quale son pure trascritti in margine i fr. 9 e 10, Dig. XLVIII, 2, sopra pubblicati, ha aggiunti come glosse marginali alcuni canoni del concilio di Pisa del 1135 (2). Inoltre, fra le glosse del manoscritto appartenenti al secolo XII, vi sono alcuni estratti dalla *Summa Sententiarum* di Ugo da S. Vittore, il quale, a cosi poca distanza dalla sua morte, poteva più facilmente che altrove

(1) Che anche la Glossa pistoiese al Codice, pure proveniente dall' archivio capitolare di Pistoia, abbia avuta origine pisana, è ipotesi affacciata dallo ZDEKAUER. — Studi sul doc. priv. ital. (Studi Senesi, 1890, f. II-III, p. 211).

CHIAPPELLI L.—Recherches sur l'état des étud. de Droit Rom.en Toscane au XI^{e} siècle (Nouv. Rev. hist. de Droit, 1896, p. 266).

(2) Riferiamo qui il principio di tali glosse :

f. 58. — Innocentius papa II, in generali concilio pisis residens statuit. Si quis symoniace ordinatus.....

f. 68. — Innocentius papa II.In generali concilio pisis habito statuens dixit.Innouamus autem et praecipimus.....

f. 120^{r}. — Innocentius papa II. In pisano concilio residens statuit. Ut autem lex continentiæ.....

f. 266 (inserzione nel testo). — Innocentius papa II. In concilio pisis habito, cap· XII. Præcipimus ut qui suadente diabolo.....

essere conosciuto a Pisa, la quale tanti rapporti aveva colla Francia (1).

Ma la questione è grave, e richiede, per la sua soluzione altri dati sicuri e decisivi (2). Peraltro se non puo parlarsi dell'uso del manoscritto pisano, resta sempre il fatto importante, che a principio del secolo XII, fuori di Bologna, si ha un altro manoscritto del *Digestum novum*, il quale probabilmente doveva risalire almeno alla fine del secolo XI. Difficilmente puo ammettersi, che l'autore della collezione in tre libri, il suo glossatore, e l'autore della raccolta di definizioni abbiano tutti adoprato il medesimo manoscritto del Digesto. Quindi si vede, che alla fine del secolo XI e a principio del XII simili manoscritti non erano tanto rari, come si crede generalmente ; e l'esistenza di manoscritti suppone l'esistenza di studiosi su questa fonte principalissima del diritto romano. Del resto la citazione di passi del Digesto in uno scritto proveniente da una scuola capitolare dimostra, che questo testo era già nel dominio del publico, e non una cosa di straordinaria rarità (3).

La storia del Digesto nel Medioevo richiede ancora nuovi studî ed indagini, specialmente nei ricchi archivi e nelle biblioteche d'Italia; noi ne conosciamo appena i principali lineamenti, ed è forse ancora lontana l'epoca nella quale ne potremo avere un disegno completo e perfetto. Ma è un campo fruttuoso di ricerche; e noi abbiamo viva fede, che anche nella storia di questa fonte si troverà la continuità della tradizione scientifica dall'età giustinianea alla bolognese, e che prima o poi dovrà essere eliminata l'idea, che questo monumento dell' antichità classica ad un tratto sia riapparso al vivo lume delle scuole rinascenti sul finire del secolo XI.

(1) FOURNIER. — Une preuve de l'authenticité de la Somme des Sentences attribuée à Hugues de Saint-Victor, 1898, p. 3 (estr. dagli Ann. de l'Université de Grenoble, X, 2).

(2) Anche il frammento Pragense del Digesto mostra, che innanzi gli ordinari mss. dei glossatori si avevano alcuni testi in stretta parentela con quello pisano (FITTING. — Z. Gesch. d. Ueberlieferung d. Digestentextes, in Zeitschr. d. Sav.-Stift. XVII. Rom. Abtheil. p. 341). Le *Quaest. de iur. subtilit.* (FITTING. — Quaest., p. 16) nella lezione *quandoque* accolta nel fr. ult. Dig. de neg. gest. III,5,dànno indizio della conoscenza delle Pandette pisane ; pure la *Summa Trecensis* (FITTING. — Summa Cod. d. Irnerius, p. LXXVII) sembra mostrare in un luogo, come la lezione di quel ms. era già notata. Per la conoscenza che probabilmente Irnerio ebbe di quel famoso ms., vedansi *Mommsen.* — Digesta. pref. XII.— BESTA. — L'opera d'Irnerio, 1896, I, p. 96 seg.

(3) In questa scrittura si ha la conferma, che nella Toscana vi era un risveglio di cultura giuridica nel secolo XI ; ciò che altrove cercammo illustrare.

IL DIRITTO ROMANO NELLE CONSUETUDINI

DELLE CITTÀ DI SICILIA

Per **Fed. CICCAGLIONE**
Professore ordinario nella R. Università di Catania

1. Lo studio dei documenti siculi dell' epoca normanna ed il raffronto con le più antiche consuetudini delle città di Sicilia (1) persuade a ritenere come il sostrato di queste sia romano e romano-bizantino, in quanto derivó dalla tradizionale osservanza da un lato del diritto giustinianeo, da un altro del bizantino nei punti, nei quali questo modificó quello. E, poichè il diritto volgare influi sulla legislazione bizantina, specie dopo Giustiniano, esso ebbe la sua non piccola parte alla formazione di quel sostrato.

Ma se il diritto volgare, cosi come erasi andato determinando nell'impero di Bizanzio, e poi più particolarmente in Sicilia, durante il periodo arabo, concorse a formare il primo nucleo di quelle consuetidini ; sulla loro evoluzione influì il diritto romano scientifico, come provano e le redazioni a noi pervenute, e le correzioni, e le aggiunte posteriori. Nè vuolsi trascurare l'influenza del diritto canonico, che, come altrove, anche in Sicilia, influì sul civile ; mentre i principii giuridici del cristianesimo avevano influito sul diritto volgare e sulle compilazioni bizantine. Altri elementi, è vero, concorsero a trasformare qualche consuetudine e ad introdurne qualche altra, ma essi furono ben scarsi ; sicchè, a nostro modo di vedere, devesi respingere l'opinione, secondo la quale il sostrato a quelle consuetudini sarebbe stato fornito da elementi estranei al diritto romano ed al bizantino, cioé dal diritto franco-normanno.

2. Come risulta dalle carte dei primi tempi del dominio normanno nell' Isola, il primo nucleo delle consuetudini sicule contempló precipuamente il diritto di famiglia ed il successorio, la protimesi, la

(1) Non sono a noi pervenute redazioni di consuetudini sicule anteriori alla seconda metà del secolo XIII ; ma si hanno molto più antiche notizie delle consuetudini di Messina e di Palermo, le quali perció vogliono considerarsi come tipiche, anche perchè da esse derivarono quelle delle altre città di Sicilia. Tra le più antiche devono collocarsi anche quelle di Caltagirone, confermate nel 1299, e che hanno note caratteristiche proprie. Di queste consuetudini tipiche noi terremo maggior conto nel corso di queste nostre brevi note, senza trascurare le altre, e nel citarle ci avvarremo della edizione di Vito Lamantia, *Antiche consuetudini delle città di Sicilia*, Palermo, 1900) per quelle in essa contenute, delle edizioni più recenti per le altre.

defensa ; scarsamente altri punti della vita giuridica locale, ispirandosi sempre al diritto romano-bizantino.

Certo i Siciliani, al primo formarsi delle consuetudini, seguivano i riti matrimoniali greci ; ma, con il conquisto normanno, staccatesi, per la maggior parte, le chiese di Sicilia dalla bizantina, i dettami della chiesa romana per gli sponsali e le nozze presero il sopravvento. Restò solo qualche traccia di usi bizantini, come, per avventura, potrebbe rilevarsi dalla persistenza del *teoritron* (1).

Ma, se le consuetudini non si occupano degli sponsali e delle nozze, contemplano i punti principali del diritto famigliare : i patti nuziali ed i rapporti economici tra coniugi, la filiazione, la patria potestà ed i rapporti tra genitori e prole, la tutela.

Quant'è ai patti nuziali ed ai rapporti economici tra coniugi le disposizioni delle consuetudini derivano direttamente dal diritto romano-bizantino, con quelle trasformazioni che le condizioni sociali-economiche del periodo arabo dovevano necessariamente determinare. Cio noi sostenemmo per i primi (2) ; la nostra affermazione, è vero, è stata avversata da coloro, i quali ritengono il regime dei beni matrimoniali in Sicilia una importazione normanna (3), od almeno un innesto di tradizioni bizantine e franco-normanne (4) ; ma noi crediamo avere, in un recente lavoro (5), dimostrato, con un minuto raffronto tra le disposizioni relative del diritto bizantino e quelle delle consuetudini sicule, come il regime dei beni matrimoniali, quale si determinó in Sicilia, si riannodi strettamente proprio a quel diritto, e qui non ci ripeteremo.

Anche quanto alla filiazione le nostre consuetudini si ispirarono al diritto bizantino, e la norma, che in esse si legge, è la traduzione in iscritto di una norma tradizionale, da noi già ritrovata nei docu-

(1) Cusa, *I diplomi greci ed arabi di Sicilia*, Palermo, 1868, p. 347.

(2) Ciccaglione, *Il diritto romano in Sicilia durante il dominio musulmano*, in Rivista di storia e filosofia del diritto, Palermo, 1898 ; *Le origini delle consuetudini sicule*, in Rivista italiana per le scienze giuridiche, Torino, 1901.

(3) Schupfer, *La comunione dei beni fra coniugi e l'Ecloga isaurica*, in Rivista italiana per le scienze guiridiche, Torino, 1903.

(4) Finocchiaro-Sartorio, *La comunione dei beni fra coniugi nella storia del diritto italiano*, Palermo, 1902.

(5) Ciccaglione, *Origine e sviluppo della comunione dei beni fra coniugi in Sicilia*, in Archivio storico per la Sicilia Orientale, Catania, 1906.

menti (1). Le consuetudini contemplano solo la filiazione legittima, accanto alla quale aveva vita la civile, l'adozione, e certo per un tratto di tempo anche l'affratellamento, istituto tutto bizantino : alla filiazione naturale, qualunque fosse l'indole dell' unione da cui derivava, era negato qualsiasi diritto (2). E' vero che in un documento latino del 1176 si legge : « Ego... Amelina presbiteri Petri quondam *concubina* una cum filiis meis, etc. (3) »; ma, a prescindere che quel documento può e deve riportarsi all' influenza del diritto bizantino, che considerava la concubina come moglie, donde quella comunione di beni tra Amelina ed i figli, che traspare evidente dalla carta, è certo che la disposizione recisa delle consuetudini non può non riannodarsi ai divieti dei canoni orientali e di Basilio il Macedone. A voler riportare una simile disposizione al diritto franco-normanno, non si saprebbe spiegare la mancanza di essa in consuetudini di terre, conquistate dai Normanni nell' Italia meridionale molto tempo prima della Sicilia (4).

Evidente appare il sostrato romano-bizantino delle norme riguardanti la potestà patria ed i rapporti tra genitori e prole. Mentre i documenti siculi provano come la madre avesse, più che la tutela, le patria potestà sui figli orbi del padre (5); le consuetudini, che, all' epoca delle redazioni, già avevano subita l'influenza del diritto comune, davano alla madre, finchè non fosse passata a seconde nozze, una tutela, che ben si avvicinava alla potestà patria. Anche nella esistenza di un tutore, alla madre eran riservate la cura e l'educazione dei figli ; sicché al tutore restava la sola amministrazione dei beni, con l'obbligo di somministrare alla madre i mezzi per allevare ed educare i pupilli (6). Non basta : i rapporti tra genitori e figli

(1) Nei documenti siculi dell' epoca normanna non si trova mai fatta parola di figli naturali, cf. anche Giuffrida, *La genesi delle consuetudini giuridiche della città di Sicilia*, I, Catania, 1901.

(2) *Cons. Messina* (t. a.), 45; *Trapani*, 45; Patti, 45.

(3) Battaglia, *I diplomi inediti relativi all' ordinamento della proprietà fondiaria sotto i Normanni e gli Svevi* (nei Documenti per servire alla Storia di Sicilia), Palermo, 1895, n. 38.

(4) Una disposizione simile a quella delle consuetudini sicule non si riscontra nelle Consuetudini di Amalfi, Napoli, Sorrento, Bari e di altre città continentali del regno fondato dai Normanni.

(5) Cusa, *op. cit.*, p, 120.

(6) *Cons. Messina* (t. a.), 12, 13 e derivate.

nelle consuetudini erano eguali di fronte al padre ed alla madre, per certi punti anche se amendue viventi. Di amendue, se viventi, o del superstite era necessario il consenso per le nozze e per l'emancipazione dei figli (1), la quale ultima, per alcune, avveniva di diritto col matrimonio, almeno per lo sposo o la sposa che avesse raggiumto il diciottesimo o quattordicesimo anno di età (2). Il genitore superstite, padre o madre, aveva di fronte ai figli gli stessi diritti economici, ad esempio l'usufrutto (3), ed i medesimi doveri, come ad esempio non alienarne i beni sensa l'intervento della Curia (4) ; nello stesso tempo che i figli avevano diritto intervenire alle alienazioni dei beni dei genitori, le quali altrimenti erano nulle (5) ; e ripetere, almeno per alcune consuetudini, tra le piu antiche, i beni loro spettanti dal genitore superstite, che passava a secondo nozze (6).

Infine anche la tutela nelle consuetudini di Sicilia ne si mostra con l'aspetto da essa acquistato nel diritto bizantino, donde la necessità dell' *auctoritas* della Curia per i tutori sia legittimi, esclusa la madre, sia dativi, sia financo testamentarii (7) ; e la nessuna traccia della curatela.

Anche le disposizioni delle consuetudini di Sicilia intorno al diritto successorio hanno sostrato romano-bizantino, sia perchè alcune sono in rapporto al regime dei beni matrimoniali, derivato dal diritto romano-bizantino (8), sia perchè altre evidentemente a questo si addentellano. Ad esempio l'esclusione dei fratelli per opera dei genitori del defunto, che si legge in alcune consuetudini (9) ; quella delle figlie maritate e dotate, che in altre (10) ; quella ancora, già

(1) *Cons. Mess.* (t. a.), 6; *Trapani*, 6; *Girgenti*, 5; *Patti*, 17; *Lipari*, 17; *Noto*, 6.

(2) *Cons. Palermo*, 48; *Catania*, 20; *Paterno*, 20; *Castiglione*, 34; *Linguaglossa*, 34.

(3) *Cons Caltagirone*, 25; *Piazza*, 24; cf. *Messina* (t. a.), 12 e derivate.

(4) *Cons. Palermo*, 39; *Girgenti*, 22; *Messina* (t. a.), 14 e derivate.

(5) *Cons. Palermo*, 39, 40.

(6) *Cons. Caltagirone*, 25; *Piazza*, 29; cf. *Messina* (t. a.), 8.

(7) *Cons. Messina* (t. a.), 12; *Trapani*, 12; *Patti*, 22; *Lipari*, 20; *Noto*, 6; *Siracusa*, 12, 13; *Palermo*, 30.

(8) Degli effetti dello scioglimento del matrimonio, per la morte di uno dei coniugi, di fronte al superstite ed ai figli ci siamo occupati largamente nei lavori sopra ricordati e qui sarebbe superfluo ripeterci.

(9) *Cons. Messina* (t. a.), 10; *Trapani*, 10; *Patti*, 20; *Noto*, 33; *Castiglione*, 25; *Linguaglossa*, 25.

(10) *Cons Caltagirone*, 33; *Piazza*, 34; *Siracusa*, 6; *Noto*, 14.

innanzi rilevata, degli illegittimi (1) derivano in modo indubbio dal diritto bizantino, a cominciare dall' Ecloga isaurica.

Quant' è alla successione testata, mentre dalle consuetudini appare il nuovo carattere acquistato dal testamento nel diritto bizantino, le poche disposizioni relative si riannodano a questo diritto in maniera evidente, come, ad esempio, la facoltà da alcune consuetudini concessa ai sottoposti a patria potestà di disporre per testamento, anche contro la volontà del padre, della metà dei loro beni, o dei beni loro pervenuti dalla madre, ad almeno del loro peculio (2) ; l'altra conferita da altre consuetudini ai minori, sempre raggiunta una data età, di fare testamento col consenso del padre (3); il riconoscimento del diritto alla quota di legittima ai soli discendenti (4) ; la validità del patto di rinunzia alla eredità futura dei genitori da parte della figlia dotata (5).

La protimesi, sorta nell' impero bizantino e quindi anche in Sicilia, conservò quivi tenacemente l'aspetto, con cui si era andata determinando prima e dopo la celebre novella di Romano Lacapeno. Senza tener calcolo di lievi differenze, la protimesi ci si presenta nelle varie consuetudini sicule disciplinata dalle medesime norme ; ed è notevole l'esclusione dall' esercizio di un tale diritto delle chiese, dei monasteri, dei conti e dei baroni (6), esclusione che si riannoda ai divieti fatti ai potenti dal diritto romano.

Quant'è alla *defensa*, essa è di origine romano-bizantina ; che se si è disputato circa l'origine puramente romana, o la piu recente origine bizantina, non può assolutamente ammettersi influenza straniera sull' istituto. Noi, appoggiandoci anche ad una fonte bizantina (Harmenopulo, app. III, § 44, sch.), le abbiamo riconosciuta origine puramente bizantina (7), né ora abbiamo motivo di mutare la nostra opinione.

(1) *Cons. Messina* (t. a.), 45 e derivate.

(2) *Cons. Catania*, 20; *Siracusa*, 18; *Messina* (t. a.), 42.

(3) *Cons. Messina* (t. a.), 42 e derivate.

(4) *Cons. Palermo*, 38; *Siracusa*, 15.

(5) *Cons. Castragiovanni*, VI, 1-7.

(6) *Cons. Palermo*, 27; *Catania*, 48; *Siracusa*, 30, § 8; *Noto* 42, § 2; Messina (t. a.), 16, § 5, e derivate. A Palermo erano esclusi espressamente anche il fisco, gli ebrei ed i saraceni.

(7) Ciccaglione, *Le origini delle consuetudini sicule cit.*; *Manuale di Storia del diritto italiano*, Milano, 1903, II, p. 163, 164.

Ma, oltre queste, anche altre norme consuetudinarie sicule si riannodano strettamente al diritto bizantino : come, per la forma degli atti, la necessità dell' intervento non solo di un determinato numero di testimoni, ma del notaio e del giudice, e per i contratti più importanti anche dell' autorità della Curia (1); come la richiesta, per la validità delle clausole penali, di un pubblico istrumento che le consacrasse, e ció pel carattere che la penale acquistó nel diritto bizantino e consuetudinario siculo, e conservó lungamente (2) ; come ancora la permissione delle usure in favore delle vedove e dei pupilli (3) ; come la limitazione dei casi in cui le donne potessero testimoniare (4), ed è naturale qui anche l'influenza del diritto canonico.

3. Se la parte delle consuetudini, finora guardata e che in realtà ne forma il nucleo più importante, è di origine romano-bizantina, altre norme aggiunte dopo, nel periodo normanno-svevo ad anche più tardi, o in quel periodo formate, si ispirarono al diritto romano scientifico, o, come lo dicono le stesse consuetudini, al diritto comune (5). Senza occuparci delle norme riguardanti il regime dotale e il diritto successorio, derivate, senza alcun dubbio, dal diritto giustinianeo ed influenzate dai nuovi studii intorno a questo, come, ad esempio, quelle che determinano per i minori l'età di testare (6) e danno la facoltà di fare testamento ai leprosi (7); dal diritto comune trassero molte altre. Ricordiamo la distinzione del dominio in diretto ed utile (8) ; le limitazioni derivanti da rapporti di buon vicinato (9); le norme intorno alla redibizione (10), alla fideiussione in favore di donne e di minori (11), al pegno (12), al pagamento dei debiti (13),

(1) *Cons. Messina* (t. a.), 26,30; *Trapani*, 26,30; *Noto*, 11.
(2) *Cons. Messina* (t. a.), 44 e derivate.
(3) *Cons. Messina* t. a.), 33 e derivate.
(4) *Cons. Messina* (t. a.), 24 e derivate.
(5) *Cons. Mess.* (t. a.), 20, § 4 e derivate.
(6) *Cons. Palermo*, 49; *Messina* (t. a.), 11 e derivate.
(7) *Cons. Palermo*, 81.
(8) *Cons. Palermo*, 43; *Messina* (t. a.), 16, § 6 e derivate.
(9) *Cons. Palermo*, 29.
(10) *Cons. Palermo*, 74; *Corleone*, 26; *Caltagirone*, 44.
(11) *Cons. Palermo*, 21.
(12) *Cons. Messina* (t. a.), 36 e derivate; *Girgenti*, 41; *Palermo*, 37, 52.
(13) *Cons. Messina* (t. a.), 20 e derivate.

alla responsabilità della moglie e dei figli per le obbligazioni, anche se da delitti, del marito e padre rispettivo (1), alla locazione-conduzione, specie di case, salvo sempre le particolarità dovute alle speciali condizioni locali (2). E potremmo ricordarne altre ancora.

Ma, oltre che in queste disposizioni, l'influsso del diritto sientifico si scorge evidente nelle aggiunte e nelle correzioni, come ad esempio in due correzioni alle consuetudini di Messina, per la prima delle quali si tolse ai figli il diritto di richiedere dal padre superstite le quote loro spettanti, finchè questi conservasse la vedovanza, potendo eglino pretendere i soli alimenti e, in caso di seconde nozze di lui, la sola quota provveniente dalla madre loro (3); per la seconda fu disposta, nella ripartizione dei beni famigliari comuni, la detrazione dei *lucra sordida et male quaesita* (4).

Infine le norme intorno alle procedure, senza tener calcolo delle varietà locali, furono copiate da quelle che, mercè l'opera dei giuristi, si erano andate determinando con l'innesto di disposizioni del diritto romano e del canonico. Ciò puó desumersi da un semplice sguardo alle consuetudini, in particolar modo alle palermitane, piu larghe su questo punto delle altre.

4. Ad influenze estranee al diritto romano e romano-bizantino, e la cui azione fu più tarda, si devono la regola, che si legge nelle consuetudini di Palermo, Caltagirone, Castrogiovanni, Corleone e Piazza, circa l'inizio della comunione dei beni matrimoniali, in mancanza di sopravvenienza di figli (5) ; l'ammissione del dotario (6) ; il trattamento più sfavorevole fatto da alcune consuetudini alla madre di fronte al padre (7) ; la regola, adottata da altre : *paterna paternis, materna maternis* (8) ; la prescrizione di un anno, un mese, una settimana ed un giorno (9); le com poizioni per le percosse (10) ed

(1) *Cons. Palermo*, 80.

(2) *Cons. Palermo*, 54; *Messina* (t. a.), 32 e devirate; *Girgenti*, 13; *Siracusa*, 25; *Noto*, 25; *Catania*, 29.

(3) *Cons. Messina* (t. a.), 9.

(4) *Cons. Messina* (Appulo), 48.

(5) *Cons. Palermo*, 43, 44; *Caltagirone*, 22; *Castrogiovanni*, V; *Corleone*, 2; *Piazza*, 21.

(6) *Cons. Palermo*, 47; *Corleone*, 5; *Girgenti*, 4; *Messina* (t. a.), 5 e derivate; *Catania*, 13.

(7) *Cons. Messina* (t. a.), 1; (App.), 5.

(8) *Cons. Messina* (t. a.), 7; *Trapani*, 7; *Noto*, 6; *Girgenti*, 9; *Patti*, 27. *Lipari*, XVIII, 1,2; *Caltagirone*, 29, 31, 32.

(9) *Cons. Messina* (t. a.), 28; *Trapani*, 28; *Patti*, 32.

(10) *Cons. Palermo*, 10.

il duello, ammesso in certi casi da alcune consuetudini (1), vietato da altre (2), e poche altre norme. Però non bisogna trascurare che alcune di esse penetrarono nelle consuetudini per via delle costituzioni sicule (3) ; altre furono importate in Sicilia da colonie immigrate dall' Italia continentale. Qualche altra disposizione posteriore infine fu deroga espressa al diritto comune, come quella, per la quale fu fatto obbligo al debitore soddisfare il creditore, entro quindici giorni dalla citazione, col diritto di pretendere da costui una cauzione fino a quando si fossero discusse le eccezioni da lui presentate (4).

Conchiudendo adunque, possiamo, contro l'opinione fino a poco tempo fa dominante, affermare con fondamento che le consuetudini di Sicilia trassero la loro origine dal diritto romano giustinianeo e bizantino posteriore; subirono in prosiegno l'influenza del diritto romano scientifico, che concorse a trasformare alcune norme del nucleo originario, ed altre ne aggiunse ; e solo in minima parte influenze estranee al diritto romano, il quale perciò, nelle sue varie manifestazioni dal periodo bizantino-arabo al castigliano, ebbe la massima parte nella formazione e nella evoluzione di esse.

(1) *Cons. Messina* (t. a.), 39; *Trapani*, 39.

(2) *Cons Palermo*, 6, 23, 24, 25.

(3) Nelle consuetudini di Messina (t.a. 28), ad esempio, a proposito della prescrizione di un anno, un mese, una settimana ed un giorno, dopo la disposizione, si soggiunge: « per constitutionem regis Guillelmi in civitate obtentam ».

(4) *Cons. Messina* (t. a.), 20, § 3.

JUS AND LEX

By **M. E.-C. CLARK** Professor of civil law in the University of Cambridge

According to the view of the present writer, the origin of ancient Law may, in many if not most cases, be demonstrably referred to an antecedent Popular Morality. It is proposed in the following pages to consider what indications of Moral Judgement may be found in some of the earliest [names] for Law in general, and to note the transition to particular designations indicating this or that mode of conscious Legislation, in later stages. The value of this evidence may no doubt have been over estimated in the past, but is at present, to my mind, somewhat unduly depreciated. I still venture to think that the most trustworthy ground of belief, as to the original character and basis of a people's Law, lies in the internal evidence of the oldest words employed by that people, to designate Law, if we can make out their first meaning. Deliberate coining of words and framing of philosophic theories are equally foreign to really ancient times ; so that the names of which I speak, with whatever successive changes of meaning we can trace, may be fairly taken as unconcious definitions modified by practical experience. And while, on several of the most interesting cases, Comparative Philology cannot yet give a positive reply, she can certainly often furnish us with negative results sufficient to dispose for good of previous erroneous theories. I have myself elsewhere investigated and compared the early names for Law, and the oldest traditions or memorials of legal practice, in Roman, Greek and some Teutonic languages, with the following results. The nearest approximation to a uniform or pervading idea of early Law, in these cases, is not so much that of *enactment*, *position* or *command* as of *antiquity*, *regularity* and perhaps *usage*. Whatever the Roman *Jus*, for instance, was, it was certainly not « that which is commanded. » Indeed the favourite old definition « *jus, id quod jussum est* » does not seem to have recommended itself much to Austin himself, who so emphatically based Law upon Command.

In Greek, the earliest words that we can find approximating to

the notion of Law indicate, it is true, something *appointed* or *ordained*. But the appointment is undoubtedly conceived as *divine*, so that the fundamental idea of the group of words, to which I refer, seems at least to negative any notion of specific human legislation. The same remark will apply to the more doubtful derivation of *Fas*. Since, therefore, we do not in these cases admit a direct revelation, we may fairly consider θέμις, *Fas* etc. as pointing to rules of conduct not imposed, but evolved out of the general religious feeling of some human society. In the English language the very word Law meant originally that which *lies* or *rests* rather than that which has been *laid* or *set*.

There are of course many well known names of Law, in Greek, Latin and English, in which the idea is clearly from the outset that of enactment ; but they are of later formation than the primeval words above considered, and they moreover mostly express particular sources or modes of Law rather than Law in general. The Latin *Lex*, which has so large a progeny in the Romance languages, belongs to this later class.

The tenor of documents quoted to us as actual enactments dating from the earliest times, whether attributed to evidently fictious or probably historical legislation, bears out the conclusion above drawn from etymology. Sometimes, as in the Anglo Saxon « *dooms* », they are avowedly memoranda for judges carrying out rules already known and accepted. And in all the oldest cases which have come under my knowledge, such documents, whether remaining as judicial notes or published as ordinances, do not define or lay down anything, but assume existing principles and apply them to different classes of case.

Fas and *jus*. — Assuming the existence amongst the Romans, as in most other nationalities, of some general form of Moral Judgement, such as we English indicate by the terms Right and Wrong, I pass now to a more particular consideration of two very elementary terms under which that judgement appears in their language. *Fas* and *jus* both, it would seem, represent the general idea of Right, but the former also that of Right specifically in the sight and as the concern of Heaven. The name has been connected by a number of respectable authorities with words expressive of *speech*, and explained to mean the *word*, or command, as θέμις the ordinance, of

God. This explanation comes, to my mind, rather too readily from Biblical phraseology to be entirely satisfying. But, however the words are to be derived, or originally explained; as to the general meaning, in use, of *fas* and its negative *nefas* there is no doubt.

The amount of religions feeling or motive expressly entering into our earliest specimens of Law varies materially in different national systems — possibly in consequence of the different stages of developement at which we catch our first sight of the particular system. Some very ancient rules of conduct appear to base their claim to obedience purely upon considerations belonging to another world; some appeal to the consequences, here on earth, of approval or disapproval on the part of superior powers or deceased ancestors; occasionally all reference to supernatural authority or obligation seems to be wanting. I am disposed to think that the third is the *latest* state of things; and that the displeasure of heaven incurred by trangression furnishes one of the chief motives for obedience to the earlier rules of conduct, which are recognised as to be generally obeyed. The reinforcement or accumulated effect of such motives, arising from the feeling or interest of the nascent community at large, is an obvious supplement to the individual conscience, if I may be allowed to use that old fashioned term.

So, in the Roman administration of justice, offences against heaven were apparently among the earliest subjects of formulated rules. We have fairly sufficient data enabling us to describe the enforcement of these rules and to show how the old Roman Criminal Law is, in its origin, probably derived from, or modelled on them. *Fas* and *jus* are sometimes treated, mainly I think by moderns, as constituting one of the many more or less clearly marked *dichotomous* divisions of Roman Law. In some extent this is true. Religious ceremonial, and the traces of deference to ancient religious feeling still retained in lay matters, were no doubt, in later times, the special province of *fas*. *Fas* would also seem, historically, to have included considerable magisterial powers of the higher officers of religion over the lower, and to have governed the formalities, for they are little more, of Roman International Law. But, outside this special and limited province, *fas* appears to me to have only entered, into Roman Law general, at an early and evanescent stage of the Criminal branch.

On *jus* as distinguished, in meaning, from *fas* I agree with Ihering that the former is Right as a matter of human institution — I would rather say recognition — and the latter Right as matter of divine revelation or approval. The two, however, run much into one another in very early history. It seems to result from a gradual developement of the secular, out of the sacerdotal, power at Rome, that the one was ultimately left to be enforced, outside the circle of religious officers, by religious or social sanctions alone, the other being of course maintained and enforced by the collective power of the community.

The derivational meaning of *jus* remains an unsolved etymological problem. It is not *command*, *jussum* being rather derived from it than it from *jussum*. Nor can Jhering's wiew be admitted that *jus* is a *bond*, depending on a common agreement of the people. The idea expressed in these last words is an anachronism, belonging to a time of conscious jurisprudence far removed from the *judex* of Tarquin's *perduellio* or the *jus esto* of the Twelve Tables.

It appears to me on the whole most probable that *suitableness* or *seemliness* was the original idea of the word *jus*. Anyhow it had come to be a word of *absolute approval*, without any reference to agreement, express obligation, or command. It may be replaced, if not exactly rendered, in all its earliest usages, by the English « *Right* ». It does not either express or imply any divine imposition or utterance.

The *judex* is of course the person who declares or « shews » Right in the particular case before him. Though mainly known to us, during the greater part of the Republic, as the style of unofficial referees in civil cases, *judex* and its derivative *judicare* were originally more general words. The former was applied to the early Consuls (or *Praetors*) the latter to the pre-republican triers in the criminal charge of *perduellio*.

Jus, as a word, in its original sense, of common moral approval, is naturally the term used for customary or « Common » Law, as distinguished from Statute, *lex*. The more specialised antitheses of *jus civile* as opposed to Praetorian Law, to *jus gentium* and to Criminal Law, are results of subsequent developement, in substantive and adjective Law, which can only be explained by detailed reference to the later legal history of Rome. But the term *lex*, and its true

meaning, require special notice at the outset, and the more so since recent discovery has thrown a new light upon the history connected with this word.

Jus differentiated into Law. — According to the view here adopted, there is, in most beginnings of Ancient Law, no idea of Legislation, either directly by a Sovereign or indirectly by a Judge as representing a Sovereign. So, the regulations of primeval Rome were, to use Jhering's phrase, «obvious natural products», though referred to pretended statutes of Romulus and Numa. Natural products they may rightly be called, as not matter of external imposition, but springing from, or at least supported by, popular feeling and belief. There is a step, however, from the matter generally approved or disapproved by current morality, to so much as it is found necessary to endorse through the action of judge and people. Or, the process may be better put, as a crystallization and limitation of *jus* in the wider sense of Right recognised by the common Moral Judgement, into Right recognised by authority—a developement from what we loosely call *national custom* into *judicial practice.*

Where any continuity of the judicial function exists— and some such continuity would appear to be essential to any thing like a national union — some general principles of authoritative Right must tend to become matter of record, if not in writing at least by oral tradition. The latter would seem to have been once the case at Rome, as may be inferred from the traces which we find of metrical form. We can have no difficulty about the authors, to whem the developement of such principles must in this case be assigned. Whether the Pontiff was, as I myself believe, or was not, the prehistoric germ of the Rex, the Pontifical Board was historically connected, from the earliest times, with the administration of justice; and, after the direct administration had been monopolised by the King-Pontiff and had descended nominally from him to the Consuls, the Pontiffs still continued, for a long time, to be, not, merely recorders, but official advisers, and, to some extent, presidents over the civil as opposed to the criminal branch of Law.

Lex, the *Statute* or *Ordinance.* — In the original developement above suggested, of *jus=Law* out of the administration of *jus=Right* at a period when there is reason to believe in a primarily oral transmission of record, while some detail might no doubt be remembered

of individual cases, the main result would clearly be rather in the nature of *generalisations*. These would naturally appear as *rules*, with the directly imperative form, such as we find in the rubrics of the old Roman religions guilds or brotherhoods. But, in spite of this form, it must be remembered that *publication* or express imposition is no necessary feature in a hierarchical record, part of which was still kept, down to a comparatively late period in the Republic, as a professional secret. On the other hand, publication is an essential point—originally, in my opinion, the one essential point—in *lex*. We are accustomed, from the legal writing of a comparatively late period, to associate this word necessarily with *latio*, or the bringing by a state officer, before a political assembly, of some proposal which is to be formally passed by that assembly. So we find, in our histories of the early Roman Kingdom, accounts of the King, the Senate and the popular Assembly enacting *leges* just as *leges* were enacted in the historical République, when the Consuls had replaced the King. But we must go behind these obvious anticipations of later practice to arrive at the original meaning of *lex*, and to see what light the meaning may throw upon the early developement of Roman Law.

I need not say that the mere style «*leges regiae*» cannot be relied upon to prove much, as it may be only due to some late editor of the Pontifical Books—a Papirius writing possibly in the third century B. C. or, later still, a Granius Flaccus of the time of Caesar. Either writer would no doubt use the word in its acquired technical sense, and assume all the republican formalities connected with it. Neither again are reported *speeches*, such as the Augustan writers put in the mouths of theis characters, e. g. King Tullus' *duumviros secundum legem facio*, in Livy's trial of Horatius, of any more value than the style *leges regiae*. The earliest usages of the word *lex*, or its derivative *legare*, which can be considered genuine antiques are, the *uti legassit* clause of the *Twelve Tables*, referring probably to a previously recognised *lex mancipi*, and the « *secundum legem publicam* » of the old formula for making *testamentum per aes et libram* (Gaius 2.104), where *lex publica* is genersally supposed to mean the code, or a clause of the code, of the Twelve Tables. How both may be explained in accordance with the original meaning here attributed to *lex* will be shewn presently.

To get at that original meaning, three different derivations have been accepted or suggested by writers on Roman Law. The choice lies between *lex* = that which *binds ; lex* = that which is *laid down*, or more correctly that which *lies ;* and *lex* = that which is *declared* or *read.*

Lex, the declaration or reading. — Although with some hesitation, from the number of opposing authorities, I venture still to maintain the derivation, suggested in a previous work on Jurisprudence, from the root of the Greek λέγειν and the Latin *legere* a derivation which is adopted by Bréal, and was, in fact, recognised by Cicero, though he, after his fashion, tries to combine the later meaning, to *read*, with the originel root-idea of *picking*, or taking one after the other, which survives in *legio* and perhaps in *conlega.*

The above derivation is open to no objection on formal etymological grounds : there is sufficient analogy for formatives with the « subjective suffix »*s*-, in a passive signification, though they are more often active ; but the *meaning* has generally been found a difficulty. Two special objections I may note— of Corssen and Curtius -- to *lex* being taken as that which is *spoken* or *declared*, on the ground that the root λεγ— only attains the signification to *speak*, in Greek, and that at a comparatively late date. Now I myself believe that *lex* did mean originally the *declaration*, a meaning retained in *lex curiata* (see below). I would therefore suggest, in answer to these objections, that there is nothing impossible in the Romans borrowing a use (of the root common to both languages) in the sense of to *speak* , from the Greeks of lower Italy ; that *lex* is not apparently the earliest word used for Law, by the Romans ; and finally that the meaning of *legere* which has ultimately prevailed — to *read* — may not impossibly be accounted for by the association of speaking and reading connected with this very word *lex.*

Intrinsic probability of early leges. — The bearing of this derivation of *lex* upon the early history of Roman Law is important. Our accounts of legislation by the Kings, in which King, Senate and Assembly play the same part as Consul, Senate and Assembly in the Republic, are justly regarded with suspicion, partly on account of this very anticipation of later practice, partly on account of the inherent improbability of sovereigns otherwise apparently almost

autocratic, submitting to obvious constitutional checks. Much, too, of the subject matter referred to such enactments, such as the complicated constitution, and the detailed system of Family Law attributed to the legislation of Romulus, is clearly incapable of being put in any brief form, such as that in which we find the undoubted specimens of early legislation handed down to us from the Twelve Tables as well as certain alleged earlier *leges* which were probably realities, For there are, besides these allegations of what we may call later Parliamentary procedure, other traditions which simply speak of enactment or imposition, without any consent of Senate or People, by mere public inscription or posting up; and for some at least of these enactments there is the following obvious *raison d'être.*

While the so called *regiae leges* (that is, the fragments which we possess), may all be said to be more or less « on Sacred matters», there is also, in the majority of cases, particulaly perhaps in those where we find *lex* expressly predicated, a distinct *exoteric* scope. They refer to matters which directly concern not only the priesthood but the people generally. They deal with religious offences which any member of the public may commit, and with the manner in which he must, for the sake of the whole community, expiate them where they are expiable, or be devoted to the offended deity where they are not. Rules on such subjects may no doubt have been at one time the *arcana* of a priesthood, brought out only *ad hoc*, particularly so long as the headship of the tribe or people was primarily religious. When, however, the secular was developed from, and absorbed, the sacred headship (which there is reason to think was really the order of things at Rome), these rules, though possibly originating as maxims in an Ecclesiastical *dom-boc*, would come, in the interest of any government but a pure tyranny, to be *made public*, as tradition says they were; being not only matter of religious observance, but practicably an embryo Criminal Law. This would seem, for instance, especially necessary in the case of such a rule as the remarkable *lex perduellionis* recorded by Livy, which, though it contains some features indicating a revision in early republican times, may well have dated, in the main, from the historical part of the regal period.

Here we have a simple *crime*, a secular offence against the commu-

nity af large — *perduellio*, war on the *other*, i. e. the wrong side — the treatment of which, however, still shews such features of an archaic religious character as justify us in considering it the possible addition to a penal legislation against *sins*. We also have, not only the general reason above given, for publication, but a special one, in that provision for Appeal, which it was particularly desirable to make known, in the case of so vague and general a danger as a charge of *perduellio*. There is probably therefore, real truth at the bottom of such statements as that royal ordinances, nominally on « sacred matters » were made public by one king or another, and, after disappearing from lapse of time (or ? an intervening tyranny) were again posted up for public perusal by a Pontiff.

In the remarkable inscription disclosed by recent excavation of the Roman Forum, I have ventured to suggest that we may possibly have an actual remnant of tables of stone set up at the beginning of the Republic, usually dated 509 B. C. (See Proc. Soc. Ant. of London 2d Series vol. XVIII, p. 408) Whether this identification be correct or no, that inscription conclusively proves the existence of rules of conduct published by inscription, as affecting the general public, at a time which cannot, on intrinsic grounds, both of contents and script, be put much if any later than the date above named. Fragmentary as this inscription unfortunately is, enough is left to shew that in subject matter it closely resembles the *leges regiae* which have come down to us through other channels. So, though it may not be actually one of those *leges*, it affords a strong presumption that the story of their republication, with which that of a previous regal publication hangs together, may be a historical fact.

The view therefore seeems at hast tenable that *lex* was in its original and proper meaning a *declaration* or *proclamation*, made, in the regal times, by the King, which was also, where of a permanent prospective character, recorded by writing in a public inscription. It was not yet a *lex*, in the later constitutional sense, because it is at least questionable whether the people were asked to accept, and fairly certain that they had no power to reject, it.

Lex Curiata . — All this tallies with the conclusions, at which our best modern authorities have arrived, as to the ancient *lex curiata*, except that this particular proclamation, not being a stan-

ding rule of conduct, did not require the written record which was reasonable or necessary for the other *leges* mentioned above. Of the *lex curiata*, probably the original of the later *lex de imperio*, we have not, as in the case of other *leges regiae* generally so called, any old fragment or quotation ; for our only instance of such a *lex*, or perhaps rather of the *Senatus-consultum* preceding it, is not older than 69 A. D. How early the original proceeding arose, and when it acquired the title of *lex*, we do not know : but the connexion with the *curiae*, as representing the people, confirms the statements of historians which date the *lex curiata* from the Regal period. This was undoubtedly, in Republican times, a declaration of the Magistrates, made to and accepted by the *Curiæ*. Similarly in Regal times it would seem to have been a proclamation made by the King; which may perhaps, best explain the strange synonyme *lex regia* applied to the *lex de imperio* under the Empire. If, as it would seem, the proceding was simply, in its origin, a presentation to the people followed by an acclamatory oath of allegiance, its resemblance to the regularly enacted statute of the Roman jurists is not very close. It has been suggested that, after *lex* had acquired, as its principal meaning, that of a statutory measure proposed by the magistrate and accepted by the popular assembly, this measure, being somewhat similarly proposed and accepted, attracted to itself the same name. To my mind the phrase *lex curiata* is more easily accounted for by reference to an original meaning of *proclamation*.

Lex Publica. — I take it then that early *leges* in the sense of Ordinances or Proclamations are probably quite historical, both for the Royal and early Republican period. As issued by the supreme magistrate for the time being, these are in the general juridical, though not in the technical Roman sense, Acts of Legislation. The term *lex publica* of the old testamentary formula (see Gaius 2, 104; 3, 174) if admitted, as it generally is, to refer to the Code of the Twelve Tables, is perhaps better explained to be the (first) ordinance made *by the people* at large, as distinguished from King or Consul, than by an opposition, as I formerly supposed, to the *private lex* of a *mancipinm*.

Lex Mancipi. — If *lex* meant originally and strictly the *declaration*, this word is equally applicable to the official proclamation, and to the private oral statement (*nuncupatio*) of qualifying terms

in a Mancipation, For, that this was the true meaning of the *lex mancipi* — not an assumed *quasi enactment*, nor the general idea of *bond* — can, I think, be clearly shewn; as also the developement of an original statement into the written *tabulae* of the will *per aes et libram*. It is to this will that the *legatum*, or declaration of a special trust incumbent on the *heres*, I think exclusively belongs. At least I know no authority for the existence of either the thing or the name in connection with the older appointments of a *heres* at the *comitia calata*.

LA PROTECTION POSSESSOIRE

DANS

LES LEGES ROMANAE BARBARORUM

Par **G. CORNIL,** Professeur à l'Université de Bruxelles

L'existence simultanée des *interdicta retinendae possessionis* (*uti possidetis* et *utrubi*) et des *interdicta recuperandae possessionis* (*de vi cottidiana* et *de vi armata*) est toujours restée à certains égards assez enigmatique.

Tels qu'ils sont organisés par le droit romain, les interdits de ces deux catégories ont le caractère d'actions possessoires, c'est-à-dire que ce sont des actions qui « règlent le *ius possessionis* pour lui même et indépendamment du *ius possidendi*, la discussion du *ius possidendi* étant toujours exclue et réservée pour une instance distincte, l'instance pétitoire. » (1).

Ce caractère possessoire de l'action n'est pas fait pour nous surprendre dans les *interdicta retinendae possessionis*, surtout si nous nous reportons à la *causa proponendi* de ces interdits, que nous indiquent Gaius et Ulpien (2). Selon ces jurisconsultes, — et il n'y a aucune bonne raison de mettre leur parole en doute, — les *interdicta retinendae possessionis* auraient été institués pour déterminer *uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat, cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia est* : l'objet de ces interdits aurait été de déterminer la place à assigner à chacun des adversaires dans la lutte qui pourrait éventuellement s'engager au pétitoire. La procédure romaine ayant différencié radicalement le rôle du *petitor* de celui du *possessor*, il se conçoit sans peine qu'une instance distincte se soit constituée et développée à seule fin d'assurer à l'un des adversaires le *commodum possessoris* plutôt que l'*onus petitoris*. Pareille instance, destinée à assurer à l'un des adversaires le *commodum possessoris*, supposait nécessairement des prétentions

(1) G. Cornil, *Traité de la possession dans le droit romain* (1905), p. 307. — Disons une fois pour toutes que, sur tous le points traités ici, on peut toujours se reporter à notre Traité de la possession et aux références qui y sont indiquées. Ce renvoi en bloc nous permettra de réduire ici au plus strict minimum les renvois et références.

(2) Gaius, IV, 148 ; Ulpien : D., XXXXIII, 17, 1 § 2-3.

réciproques à ce *commodum possessoris* de la part des deux adversaires, et cette condition de l'instance possessoire se trahit dans le caractère double des *interdicta retinendae possessionis* et de toute la procédure subséquente à ces interdits.

Dans les *interdicta retinendae possessionis*, toute la technique de la protection possessoire romaine s'est formée tout naturellement : 1° le *commodum possessoris* étant considérable, son attribution devait forcément être subordonnée à une série de conditions, lesquelles constituent le *ius possessionis* et tracent la ligne de démarcation entre la possession et la détention (1) ; 2° l'instance n'ayant d'autre objet que d'assurer à l'un des adversaires le rôle le plus commode dans la discussion éventuelle du *ius possidendi*, il va sans dire que toute discussion de ce *ius possidendi* devait être systématiquement exclue et réservée et que le débat devait se confiner dans la discussion du *ius possessionis* contesté de part et d'autre.

Dans les *interdicta recuperandae possessionis*, le caractère possessoire de l'action se justifie beaucoup plus malaisement. Les *interdicta de vi* sont des moyens destinés à réprimer les voies de fait, en assurant la réparation immédiate et intégrale du préjudice causé par une dépossession violente. Les Romains ont connu bien d'autres moyens de réprimer la violence, qu'ils ne se faisaient pas faute de rapprocher des *interdicta de vi* ; faut-il rappeler par exemple le langage tenu par Ulpien au sujet des *interdicta de vi*, et complété par les collaborateurs de Tribonien (2). Rien de plus légitime d'ailleurs que cette multiplicité des modes de répression des voies de fait. Mais ce qui reste énigmatique, c'est que, parmi les moyens imaginés pour enrayer la violence, les *interdicta de vi* aient été placés hors pairs et marqués de l'empreinte particulière d'action possessoire.

Les *interdicta de vi* constituent une variété d'action en dommages et intérêts ; ils tendent à la réparation complète du préjudice causé

(1) On trouve, dans une façon de s'exprimer d'Ulpien, l'indice que ce serait par la détermination des conditions des *interdicta retinendae possessionis* que se serait précisée la distinction tranchée entre la possession et la détention : pour désigner la possession proprement dite, par opposition à la détention, Ulpien emploie l'expression « *ea possessio quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi* ». D., VI, 1, 9.

(2) Lib. LXVIIII *ad Edictum*, D., XXXXIII, 16, 1 § 2 : *ne quid autem per vim admittatur, etiam legibus Juliis prospicitur publicorum et privatorum nec non et constitutionibus principum.*

par une *deiectio* (D. XXXXIII, 16, 1 § 31). En conséquence ils sont toujours subordonnés à une *deiectio*, c'est-à-dire à une dépossession violente, et rien n'est plus naturel que de ne point permettre au *deiciens* d'enrayer la marche des *interdicta de vi* en se prévalant d'un *ius possidendi* : l'exclusion systématique de toute discussion du *ius possidendi* se justifie par la raison que la violence doit être réprimée en tous cas. Sans doute cette exclusion systématique de toute discussion du *ius possidendi* ne contribuait à donner aux *interdicta de vi* le caractère d'action possessoire, que parce que la discussion systématiquement exclue de l'instance restait en même temps réservée et pouvait toujours éventuellement faire l'objet d'une instance distincte (1).

Le caractère possessoire des *interdicta de vi* s'explique d'autant moins que, à proprement parler, ces interdits n'impliquent nullement, comme les *interdicta retinendae possessionis*, des prétentions réciproques à la possession, une *controversia de possessione*. Du moment

(1) Ceci était vrai d'une manière absolue dans le droit classique ; mais la constitution de Valentinien, Théodose et Arcadius du 14 juin 389 relative à la défense de se faire justice à soi-même (Théod. III, 22, 3 = C. Just., VIII, 4, 7) a eu pour conséquence d'enlever aux *interdicta de vi* leur caractère purement provisoire dans la plupart des cas, en privant le *deiciens* de la propriété et par conséquent du droit de recourir à l'instance pétitoire distincte, la *rei vindicatio*.

La circonstance qui a conservé, jusque dans le dernier état du droit romain, le cachet d'action possessoire aux *interdicta de vi*, c'est que le bénéfice de ces interdits est resté réservé au possesseur proprement dit à l'exclusion du détenteur. Ceci à la vérité a été contesté, et l'on a soutenu que, dès l'époque classique, si l'*interdictum de vi cottidiana* était réservé au seul possesseur proprement dit, par contre l'*interdictum de vi armata* n'impliquait nullement le *ius possessionis* dans la personne du demandeur. On ajoute que, dans le droit de Justinien, l'*actio momentariae possessionis*, — qui n'est autre que l'*actio extraordinaria ex causa interdicti unde vi*, — serait accordée, comme l'*interdictum de vi armata* du droit classique, au détenteur aussi bien qu'au possesseur. N'a-t-on pas été même jusqu'à prétendre que cette *actio momentariae possessionis* aurait finalement été donnée à quiconque, *quivis ex populo*, et qu'elle aurait pris ainsi le caractère d'une véritable *actio popularis* ?

A notre sens, ces opinions doivent être rejetées. Sans doute elles ont été suscitées par des décisions qui accusent une incontestable tendance à étendre le bénéfice des *interdicta de vi* ou de l'*actio momentariae possessionis*. Nous aurons l'occasion de reparler de cette tendance extensive de la législation impériale ; mais nous estimons que, nonobstant cette tendance, il est demeuré vrai en principe, dans le droit de Justinien, que le possesseur seul bénéficie *proprio iure* de l'*actio momentariae possessionis*.

où il y a eu expulsion violente du possesseur, il y a lieu à un *interdictum de vi*, quand bien même le *deiciens* n'émettrait aucune prétention à la possession et ne prendrait pas la peine de s'approprier l'immeuble dont il avait chassé le possesseur (D., XXXXI, 3, 4 § 22 ; XXXXIII, 16, 1 § 42). Pourquoi, même en l'absence de toute contestation du *ius possessionis*, réserver le bénéfice d'une action en dommages et intérêts à celui-là seul qui avait un *ius possessionis ?*

Enfin il faut remarquer que, grâce à la clause « *nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis* », l'*interdictum uti possidetis* remplissait une véritable fonction récupératoire. Ainsi cet interdit était suffisant pour assurer au possesseur le *commodum possessoris*, toutes les fois où son *ius possessionis* lui était contesté, même si cette contestation s'affirmait dans la forme énergique d'une dépossession violente (1).

Dans les *leges romanae barbarorum*, la protection possessoire a subi une évolution qui, d'une part la différencie de ce quelle sera dans le

(1) La seule considération que l'on puisse faire valoir pour expliquer, sinon pour justifier, le caractère possessoire des *interdicta de vi*, c'est que la restitution, à laquelle ils aboutissaient, avait en fait pour résultat d'assurer au *deiectus* le *commodum possessoris*, et que dès lors on devait être amené assez naturellement à subordonner cet avantage, — ici comme dans les *interdicta retinendae possessionis*, — à l'existence d'un *ius possessionis*, d'autant plus que la plupart du temps l'expulsion violente constituait sans doute de la part du *deiciens* l'affirmation d'une prétention à la possession, et qu'alors les *interdicta de vi*, bien que n'ayant pas l'aspect d'interdits doubles comme les *interdicta retinendae possessionis*, recélaient pourtant en réalité une véritable *controversia possessionis*. C'est en se plaçant sur ce terrain que les jurisconsultes romains émettent des affirmations du genre de celles de Gaius et d'Ulpien (D., VI, 1, 24 ; XXXXI, 2, 35), qui visent aussi bien les *interdicta de vi* que les *interdicta retinendae possessionis* et qui signalent d'une manière générale les particularités et les avantages de l'instance possessoire.

D'autre part il ne faut pas perdre de vue que les *interdicta de vi* présentaient des avantages considérables sur les *interdicta retinendae possessionis*. Chacun sait notamment que, tandis que ces derniers tendaient uniquement à une prohibition destinée à assurer la conservation de la possession pour l'avenir seulement, les premiers étaient restitutoires et assuraient la réparation complète du préjudice causé par la *deiectio* (D., XXXXIII, 16, 1 § 31, 40-41). Les notables avantages des *interdicta de vi* justifiaient donc parfaitement l'institution et le maintien de ces interdits concurremment avec les *interdicta retinendae possessionis*. Ce n'est point là ce que nous jugeons anormal ; mais ce qui nous paraît difficilement justifiable, c'est le caractère particulier d'instance possessoire donné par les Romains aux *interdicta de vi*.

droit de Justinien et d'autre part la rapproche de ce qu'elle deviendra ultérieurement dans le droit canonique et dans le droit français. Cette évolution, — nous allons essayer de le démontrer de plus près, — peut se caractériser et se résumer dans les deux propositions suivantes :

1° En cas de dépossession violente, l'action récupératoire perd le caractère d'action possessoire proprement dite, c'est à-dire d'action réservée au possesseur proprement dit à l'exclusion du simple détenteur.

2° Dans l'action conservatoire de possession se généralise cette particularité, — propre à l'interdit *utrubi* du droit classique, — qui fait triompher celui des adversaires qui a possédé le plus longtemps durant l'année antérieure à l'action ; de ceci résultent : d'une part une extension de notre action, qui est désormais tout aussi récupératoire que conservatoire de possession, et d'autre part une restriction de notre action, qui implique désormais non seulement un *ius possessionis* mais même en général une possession prolongée pendant la majeure partie d'une année c'est-à-dire pendant plus de six mois.

C'est à Hermann Fitting que revient l'honneur d'avoir mis en lumière la seconde des propositions que nous venons de formuler, et il nous est particulièrement agréable, pour nous associer aux hommages rendus à ce maître éminent, de nous placer plus spécialement sous son égide, en utilisant précisément la conclusion originale de l'une de ses recherches antérieures.

Les *leges romanae barbarorum* attachent une grande importance à la répression des violences ou voies de fait. Nombreuses sont les dispositions qui règlent cette matière. Il va sans dire qu'elles englobent, dans leur répression, les voies de fait qui consisteraient précisément dans une dépossession violente. Dans cette hypothèse particulière, *l'interdictum de vi* était incontestablement l'un des moyens à mettre en œuvre pour enrayer la violence. Mais la plupart des dispositions des *leges romanae barbarorum* ne mentionnent pas *in terminis* les actions destinées à assurer la répression des voies de fait : elles se bornent plutôt à indiquer le résultat qui peut être obtenu, sans s'expliquer sur les moyens à mettre en œuvre pour atteindre ce résultat. Réunissons donc d'abord ces dispositions qui, dans leur teneur tout à fait générale, visent évidemment autant

l'interdictum de vi que toutes les autres actions contribuant à réprimer les voies de fait (1).

Une constitution du 25 avril 369 de Valentinien et Valens frappe le *praedo* ou *invasor alienae rei* d'une peine spéciale consistant dans la restitution, avec la chose même, du double des fruits qu'il eut pu percevoir *a die invasi loci* ; par contre celui *qui simpliciter tenet rem alienam* ne doit le double des fruits qu'à partir de l'introduction de l'action en restitution. Cette peine spéciale de la restitution du double des fruits a été suppprimée par Justinien qui, en recueillant dans son code (VII, 51, 2) la constitution du 25 avril 369, en a éliminé la disposition particulière relative à la restitution du double des fruits. Par contre en Occident, cette disposition particulière, se retrouve non pas seulement dans le Bréviaire, mais aussi dans l'édit de Théodoric, en termes fort laconiques, et dans le Papien (2).

Brev., IIII, 16, 1 (= Theod., IIII, 18, 1) :

Impp. Valentinianus et Valens AA. Olybrio praefecto urbi. — Litigator victus, quem invasorem alienae rei praedonemve constabit, sed et qui post conventionem rei incubarit alienae, non in sola rei redhibitione teneatur nec tantum simplorum fructuum praestationem aut eorum quos ipse percepit agnoscat, sed duplos fructus et eos, quos percipi opportuisse, non quos eum redegisse constabit, exsolvat. Et praedoni quidem ratio a die invasi loci usque ad exitum litis habeatur ; ei vero, qui simpliciter tenet, ex eo, quo, re in iudicium deducta, scientiam malae possessionis accepit. Heredis quoque succedentis in vitium par habenda fortuna est. Addimus etiam, ut impensas sumptus que litis, re ad finem deducta, petitoribus praestent. Ac ne ipsos quidem petitores, qui inanes lites et iurgia non movenda ingerunt possidentibus, ab istius cautionis merito segregamus ; iubemus enim, ut, si intentio petitoris inproba iudicetur, praestet possessori sumptus,

(1) Nous prendrons toujours pour base de notre exposé le Bréviaire, dont les dispositions, — on le sait, — sont plus développées que celles de l'Edit de Théodoric et du Papien. Nous citons le Bréviaire d'après l'édition Haenel (Leipzig, 1849), en tenant compte, cela va sans dire, du Code Théodosien de Mommsen ; on peut consulter aussi : Max Conrat (Cohn), *Breviarium Alaricianum* (Leipzig, 1903). L'Edit de Théodoric est cité d'après l'édition Bluhme, dans les *Monumenta Germaniae historica* (*leges*, V), et le Papien, d'après l'édition von Salis, *Ibidem* (*leges*, ser. in-4°, sect. I, tom. II).

(2) Il est intéressant de constater les termes différents en lesquels a été libellée successivement la distinction faite par notre loi de 369 : l'*interpretatio* formule l'opposition entre celui, *qui rem alienam scienter usurpare praesumpserit*, et celui, *qui simpliciter sine praesumptione aliquam rem tenuerit* ; l'épitome de St-Gall ou *lex romana Raetica Curiensis* (édition Zeumer, dans les *Monumenta Germaniae historica*, *leges*, V) distingue entre celui *qui res alienas malo ordine possidet aut iniuste invaserit*, et celui, *qui simpliciter nesciendo res alienas tenuerit.*

praestet inpensas, quas eum toto litis tempore sustinuisse claruerit,etiamsi super hac re expressior cesset sententia iudicantis (25 avril 369).

Interpretatio.—Quisquis rem alienam male possederit, si in iudicio fuerit superatus, quod rem sibi non debitam occupare praesumpsit, sed et ille, qui conventus a certo domino reddere pervasa noluerit, non solum pro hac ipsa re reddenda, cum superatus fuerit, teneatur, sed fructus rei ipsius duplos ex eo tempore, quo res pervasa est, cogatur exsolvere, non quales se ipse dixerit collegisse, sed quales per diligentem culturam consequi proprii domini utilitas potuisset. Ille etiam, qui rem alienam scienter usurpare praesumpserit, a die invasi loci usque ad consummatam litem simili ratione exigatur. Nam qui simpliciter sine praesumptione aliquam rem tenuerit, ex eo similiter solvat, ex quo re in iudicium deducta, quod rem male possideat, conscientiam ipsius coeperit non latere. Heredes quoque eorum in his damnis, si victi fuerint, quibus auctor ipsorum, simili modo succumbant. Addimus quoque, eiusmodi personis ut et sumptus et expensas litis ex eo die, a quo de tali re coeperint litigare, usque dum finiatur,pulsantibus reddant: nam et ipsi,qui alios possidentes pulsare temptaverint, si ea in iudicio repetant, quae sua probare non possint, similiter sumptus et expensas litis pulsatis possessoribus reddant, quantum eos toto litis tempore perdidisse constiterit.

Edictum Theodorici :

Cap. 10. — Qualemcunque cuiuslibet rei possessorem conveniri iudiciaria auctoritate decernimus, et expectari semper iustae cognitionis eventus. Quod si quis qualemcunque possessorem possessione deiecerit, amissionem pro tanta praesumptione vel bonae litis incurrat ; reformata scilicet possessione quam occupaverit, fructus quoque duplos pro tanta temeritate persolvat.....

Papianus :

Tit. VIII, de violentiis, 4. — De his vero, quibus sine tumulto solum occupate aut pervase rei actio intenditur, et convictus fuerit rem indebite tenuisse, post conventionem duplus fructus cum rei ipsius restitutione dissolvat. Si vero simpliciter rem possedit, usque ad conventionis tempus simplus fructus dissolvat, post conventionem duplus, ut dictum est, inferat repetenti.

Tit. XXXV, de venditionibus, 3. — Quod si quis male vendidisse fuerit adprobatus, empturi in duplum et meliorate rei teneatur obnoxius ; fructus enim malae fidei possessor post conventionem duplus, ante simblus ex lege praestabit, secundum legem Theodosiani vel sententias Pauli.

Les constitutions nombreuses, qui frappent le fait de se faire justice de sa propre autorité plutôt que de s'adresser aux tribunaux, envisagent nécessairement l'hypothèse où c'est en s'emparant violemment de la possession qu'on s'est rendu justice à soi-même. On sait que la législation Théodosienne édicte pour ce fait des peines publiques et privées. Voici à cet égard, dans l'ordre chronologique, les constitutions recueillies dans les *leges romanae barbarorum* :

1° Deux constitutions de Constantin, l'une du 17 avril 317 et l'autre du 6 octobre 319, frappent de la peine capitale ceux qui se

sont rendus coupables du crime de violence et par conséquent ceux qui se sont emparés violemment de la possession. Toutefois la seconde de ces constitutions distingue entre le *deiciens* qui aurait agi sans droit, et le *deiciens* qui serait à même de justifier de la propriété de la chose : le premier seul était frappé de la peine capitale ; quant au second, qui aurait dû s'adresser aux tribunaux au lieu de se rendre justice de sa propre autorité, il n'était puni que de la confiscation de la moitié de sa chose. La portée de cette distinction, contenue dans la partie finale de la constitution du 6 octobre 319, s'est trouvée effacée plus tard grâce à une constitution du 14 juin 389. Celle-ci, comme nous le verrons, dépouillait totalement le propriétaire qui s'était fait justice en s'emparant violemment de sa chose ; or il est manifeste que pareille disposition absorbait en elle la disposition moins rigoureuse de Constantin, qui se contentait de dépouiller pour moitié ce même propriétaire. Aussi, dans le code de Justinien (VIIII, 12, 7), la constitution du 6 octobre 319 est-elle amputée de sa dernière partie. De même les rédacteurs du Bréviaire se sont rendu compte de l'absorption de la disposition finale de la constitution de 319 par la disposition de la constitution de 389, comme l'atteste clairement la dernière phrase de l'*interpretatio* de la constitution de 319. Par contre il est remarquable que le Papien ne contient aucune allusion à la constitution du 14 juin 389 et conserve intacte la disposition finale de la constitution du 6 octobre 319.

Brev., VIIII, 7, 1 (= Theod., VIIII, 10, 1) :

Imp. Constantinus A. ad Catulinum proconsulem Africae. — Qui in iudicio manifestam detegitur commisisse violentiam, non iam relegatione aut deportatione insulae plectatur sed supplicium capitale excipiat nec interposita provocatione sententiam quae in eum fuerit dicta suspendat, quoniam multa facinora sub uno violentiae nomine continentur, cum aliis vim inferre temptantibus, aliis cum indignatione repugnantibus verbera caedesque crebro deteguntur admissae. Unde placuit, si forte quis vel ex possidentis parte vel ex eius qui possessionem temerare temptaverit interemptus sit, in eum supplicium exseri, qui vim facere temptavit et alterutri parti causam malorum praebuit (17 avril 317).

Interpretatio. — Convictus in iudicio de evidenti violentiae crimine capite puniatur nec sententiam iudicis qui damnatus est qualibet appellatione suspendat : et si fortasse homicidia ab utraque parte commissa fuerint, in illum vindicetur, qui ut alium per caedem expelleret, violenter ingressus est. Hic addendum de iure de ordine violentiae.

Brev., VIIII, 7, 2 (= Theod., VIIII, 10, 3).

Imp. Constantinus A. ad Bassum praefectum urbi. — Si quis ad se fundum vel quodcumque aliud adserit pertinere ac restitutionem sibi conpetere possessionis putat, civiliter

super possidendo agat aut impleta sollemnitate iuris crimen violentiae obponat, non ignarus eam se sententiam subiturum, si crimen obiectum non potuerit conprobare, quam reus debet excipere. Quod si omissa interpellatione vim possidenti intulerit, ante omnia violentiae causam examinari praecipimus et in ea requiri, quis ad quem venerit possidentem, ut ei quem constiterit expulsum amissae possessionis iura reparentur eademque protinus restituta violentus poenae non inmerito destinatus in totius litis terminum differatur, ut agitato negotio principali, si contra eum fuerit iudicatum, in insulam deportetur bonis omnibus abrogatis. Quod si pro eo, quem claruerit esse violentum, sententia proferetur, omnium rerum, de quibus litigatum est, media pars penes eum resideat, cetera fisci viribus vindicentur (6 octobre 319).

Interpretatio. — Si quis adversarium suum ita apud iudicem crediderit accusandum, ut se asserat violentiam pertulisse, ad probationem rei eum convenit adtineri : quod si probare non potuerit quem dixerat violentum, eandem poenam suscipiat, quam ille quem inpetit convictus potuisset excipere. De reliquo haec lex praetermittenda est, quia in quarto libro sub titulo unde vi, quae tamen temporibus posterior inventa est, habetur exposita.

PAPIANUS :

Tit. VIII, de violentiis, 1. — Si quis violentiam ita convincitur admisisse, ut collectis turbis per vim inruens deiciat possidentem, nec eum civili, ut legum est, actione pulsaverit, capitali sententia feriatur ; si tamen rem, de qua possidentem depulit, sui iuris debere esse non convicerit, tum demum est, ut poena supra scripta damnetur. 2. — Quod si suam quidem proprietatem esse convicerit, medietas eius rei in eius proprietate permaneat, alia medietas propter admissam violentiam fisci viribus societur, secundum legem Theudosiani libro nono sub titulo : de vi publica et privata, ad Bassum praefectum urbis datam.

2° Une constituton du 14 octobre 381 de Gratien, Valentinien et Théodose (1) contient une application aprticulière du principe que celui qui se fait justice à soi-même doit être déchu de l'action judiciaire à laquelle il a eu le tort de ne pas recourir : cette déchéance atteint celui qui, ayant obtenu un rescrit impérial ou une sentence judiciaire interlocutoire, au lieu de poursuivre régulièrement le procès, agit comme s'il avait obtenu une sentence définitive et enlève à l'adversaire la possession par intimidation et voies de fait, sous prétexte de décision définitive (*sub specie iudicati*).

BREV., IIII, 20, 2 (= THEOD., IIII, 22 2) :

Imppp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius AAA. ad Potitum vicarium urbis. —

(1) Cette constitution se retrouve dans une forme fort altérée dans le code de Justinien (VIII, 4, 6).

Quisquis neque vulgato rescripto neque adversario sollemniter intimato possessorem quietum dominio suo huiusmodi terrore turbaverit, ea in perpetuum lite multurecte quam, praeoccupaverit violentia, cum precibus popos.isset audiri. Quae non minus etiam eum tenebit condicio, qui iudicis interlocutione subpressa, sub specie iudicati ius alienum inproba temeritate pervasit, ita ut neuter reparationem interfecti hoc pacto semel negotii audeat postulare. Si autem habito plerumque conludio curatores vel tutores minorum his rem debitam ea occasione pervadant, ut pupillis vel adultis iurgandi copia et fructus adimatur, his eatenus subvenimus, ut eosdem non adterat damno culpa temeritatis alienae, sed ilico quidem possessio ei a quo est ablata reddatur, curatores autem vel tuto res aeterna deportatione punitos bonorum quoque publicatio persequatur (14 octobre 381).

Interpretatio. — Quicumque causam suam non ita agere voluerit, ut adversarium suum publice patefacta actione conveniat et dominium possessoris aliqua ratione conturbaverit, ita negotio ipso careat, ut eam causam numquam valeat reparare qui prius rem voluit auferre quam sperare a iudice, ut deberet audiri. Similiter et ille omni causa privetur, qui iudicis ordinatione subpressa iudicium se habere dicens alienam possessionem sua praesumptione pervaserit. Quod si tutores etiam vel curatores minorum conludio aliquo pro eorum negotiis alienam rem sub ea, qua diximus, temeritate pervaserint, ut minorum causa depereat, nullum minoribus praeiudicium fieri ex tutorum vel curatorum temeritate permittimus, sed proprietatem suam sine dilatione recipiant, curatores autem vel tutores amissis rebus suis perpetuo exsilio deputentur.

3° Une constitution du 14 juin 389 de Valentinien, Théodose et Arcadius (1) dispose que celui qui, de sa propre autorité et sans attendre une sentence judiciaire, s'empare d'une chose, est tenu de restituer la possession et frappé en outre d'une peine égale à la valeur de la chose enlevée, de sorte que, s'il en était propriétaire, il se trouve déchu de son droit, et s'il n'était pas propriétaire de la chose, il en doit la valeur.

BREV., IIII, 20, 3 (= THEOD., IIII, 22, 3) :

Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius AAA. ad Messianum comitem rerum privatarum. — Plerosque detectum est in rem privatam nostram, quam publicatio celebrata quaesierat, invasisse : quam nos a retentatoribus ereptam sociari iubemus aerario, punientes contumacius quam decus publicum sinebat erectos, ut, qui litem inferre potuissent, nollent expectare iudicium ac spernerent victoriam, quam iustitiae praescripsisset eventus, et amplecterentur, quod dedisset audacia. Cadat igitur lite, quisquis opperiri noluerit litis eventum et quod recipere lege potuisset, contemptor examinis violentus amittat. Illi vero, quos in tantum furorem provexit audacia, ut, quod iurgaturi apud examinis fidem sperare non possent, ante eventum iudicialis arbitrii inlicita praesumptione temerarent, aestimationem rei, de qua litigari convenerat, cogantur exsolvere. Quod

(1) Conf. : C. Just., VIII, 4, 7.

quidem etiam in privatis observandum negotiis generali lege sancimus. Illud autem ab officio magnificentiae tuae cavendum esse decernimus, ut sacratissima domus nostra expectare litem, non inferre cogatur, neque expetat, sed patiatur examen (14 juin 389).

Interpretatio. — Cognovimus rem fisci nostri violenter aliquos invasisse. Sed nos evidenti lege praecipimus, ut, si quis aut fiscalem rem aut privatam ante sententiam a iudice prolatam invaserit et noluerit expectare litis eventum, perdat negotium qui contempsit expectare iudicium. Ille vero, qui hoc praesumpsit invadere, quod per iustitiam apud iudicem non poterat obtinere, habita aestimatione talem rem aliam illi domino restituat, qualem noscitur ante iudicium pervasisse.

Edictum Theodorici :

Cap. 10. — Qualemcunque cuiuslibet rei possessorem conveniri iudiciaria auctoritate, decernimus, et expectari semper iustae cognitionis eventus. Quod si quis qualemcunque possessorem possessione deiecerit, amissionem pro tanta praesumptione vel bonae litis incurrat ; reformata scilicet possessione quam occupaverit, fructus quoque duplos pro tanta temeritate persolvat. Quod si illam possessionem occupaverit, quae eidem minime debebatur, hanc poenam habeat, ut et rem cum fructibus in eo statu domino reddat invasam, et aestimationem rei pervasae subire cogatur, fisci iuribus profuturam. Cuius decreti iusti atque legitimi omnes per provincias iudices et urbe venerabili constitutos, vel eorum officia, iubemus esse custodes : ita ut si aliquid extiterit, quo se putent exigendae mulctae superius comprehensae pares esse non posse, relationem ad scrinia nostra transmittant, ut a nobis, si ratio poposcerit, districtius vindicetur.

Edictum Athalarici :

Cassiodorus, Var., lib. VIIII, epist. 18. — Primum humano generi noxiam pervasionem (sub qua nec dici potest civilitas, nec haberi) severitate legum, et nostra indignatione damnamus : statuentes ut sanctio divi Valentiniani adversum eos diu pessime neglecta consurgat, qui praedia urbana vel rustica, despecto iuris ordine, per se suosque praesumpserint, expulso possessore, violenter intrare ; nec aliquid de eius districtione detestabili volumus temperatione mitigari : insuper addentes ut si quis ingenuorum ad satisfaciendum legi superius definitae idoneus non habetur, deportationis protinus subiaceat ultioni : quia plus debuit cogitare iura publica, qui se noverat alibi non posse sustinere vindictam. Iudices igitur competentes, ad quos potest admissum facinus pertinere, si, invasorem cum possint amovere, pertulerint tenere praesumpta, et adepti singuli honore priventus, et fisco nostro tantum fiant obnoxii, quantum praesumptor potuisset addici, in auctoribus tamen facinoris manentibus constitutis. Quod si quis in tantam raptatus amentiam tyrannico spiritu iuri publico parere neglexerit, viribusque praepotens destinati officii spreverit paucitatem, relatione iudicis nostris auribus notabilis ingeratur, ut indulta exsecutione saionum, utionem sentiat vigoris regii, qui obedire noluit cognitori.

4° Une constitution du 6 mars 390 de Valentinien, Théodose et Arcadius (1) prévoit l'hypothèse où les violences auraient été commises par des esclaves : l'esclave qui aurait agi à l'insu du maître est puni de mort ; mais si c'est sur l'ordre du maître que les violences ont

(1) Conf. : C. Just., VIIII, 12, 8.

été commises, alors l'esclave est envoyé aux mines et le maître est déclaré infâme et déchu de ses dignités.

Brev., VIIII, 7, 3 (= Theod., VIIII, 10, 4) :

Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius AAA. ad Albinum praefectum urbi. — Servos qui fecisse violentiam confessionibus testium aut propriis docebuntur, si id inscio domino commiserint, postremo supplicio deditos luere perpetrata censemus. Quod si illi metu atque exhortatione dominorum violentiam admiserint, palam est secundum legem Iuliam dominum infamem pronuntiandum loci aut originis propriae dignitate non uti, servos vero, quos furoribus talium paruisse constiterit, metallis per sententiam dedi. Viles autem infamesque personae et hi, qui bis aut saepius violentiam perpetrasse convincentur, constitutionum divalium poena teneantur. Iudicem vero nosse oportet, quod gravi infamia sit notandus, si violentiae crimen aput se probatum distulerit, omiserit, vel inpunitate donaverit aut molliore quam praestituimus poena perculerit (6 mars 390).

Interpretatio. — Servi si inscio domino confessi vel convicti fuerint violentiam commisisse, addicti tormentis gravibus puniuntur. Si vero iubentibus dominis violentiae crimen admiserint, domini, qui inlicita praeceperunt, notantur infamia et nobilitatis vel honoris sui dignitatem tenere non possunt. Servi autem, qui talibus dominorum furoribus paruerunt, in metallum detruduntur. Ceterum non liceat iudicibus discussionem violentiae differre vel dimittere vel donare : qui si probaverint violentiam et non statim vindicaverint, noverint se periculum subituros. Viles autem personae, quae bis aut frequenter admisisse violentiam comprobantur, constituta legibus poena supra scripta omnimodis feriantur.

Edictum Theodorici :

Cap. 77. — Si servi de irrogata violentia convicti fuerint, aut certe confessi, et hoc domini praecepto factum sub iusta et diligenti cognitione constiterit, domino ad violentiae poenam retento, pervasa reddantur, servis nihilominus extremo supplicio puniendis, si violentiam eos sua temeritate commisisse claruerit.

Papianus :

Tit. VIII, de violentiis, 3. — Si vero servi inscio domino violentiam huiusmodi, quae supra scripta est, intulerint, morti subdantur. Quod si per discussionem iudicis conscio domino violentia probatur admissa, domini pronunciantur infames, servi metallis deputantur.

5° Enfin pour compléter l'énumération des affirmations générales relatives à la répression des dépossessions violentes, signalons encore deux passages des *leges romanae barbarorum* :

a) Le chapitre 75 de l'Edit de Théodoric s'inspirant de ce passage des sentences de Paul (V, 26, 3) qui déclare tomber sous le coup de la *lex Iulia de vi privata* celui qui, à main armée, a expulsé le possesseur.

Edictum Theodorici :

Chap. 75. — Qui etiam armatis hominibus, ferro, fuste, lapide, de possessione quem-

quam domo, villa expulerit, expugnaverit, obsederit, clauserit ; aut si forte propter hanc rem quis homines suos praestiterit, locaverit, conduxerit, turbam, seditiones, incendium fecerit, ad violentiae poenam, quae est superius adscripta, teneatur.....

b) La fin du titre « *de violentiis* » de la *lex romana Burgundionum*, qui s'inspire manifestement d'un passage de Gaius (III, 209) visant l'*actio vi bonorum raptorum*, et qui proclame en termes généraux que la soustraction violente d'un meuble est frappée de la peine du quadruple pendant l'année et du simple après l'année.

PAPIANUS :

Tit. VIII, de violentiis, 5. — Quod si res mobiles vel sese moventes per vim quisque rapuerit, intra annum quadrupli solutione multabitur, post annum vero simpli satisfactione solvatur.

Passons maintenant à l'examen des dispositions qui visent particulièrement les interdits possessoires, et constatons que, sur ce point, nos investigations porteront, à vrai dire, exclusivement sur le Bréviaire ; car le Papien ne contient aucune allusion directe aux actions possessoires, et dans l'Edit de Théodoric on ne peut guère en découvrir qu'une seule, conçue en termes généraux (chapitre 76), dont nous parlerons *infra*. On peut donc dire, en somme, que, dans l'Edit de Théodoric et dans le Papien, il n'était consacré d'autre protection possessoire que celle qui se dégageait des mesures réprimant les actes de violence et inderdisant de se faire justice à soi-même.

Le Bréviaire est beaucoup moins incomplet. On y rencontre maintes dispositions visant *in terminis* les interdits possessoires. Avant d'aborder celles de ces dispositions qui consacrent des innovations importantes et bouleversent quelque peu le système de la protection possessoire, déblayons le terrain en notant, pour mémoire seulement, quelques affirmations générales d'importance plutôt secondaire.

Certaines dispositions signalent le caractère sommaire et rapide de la procédure possessoire, qui ne peut souffrir aucun retard.

BREV., II, 4, 5 (= THEOD., II, 4, 5) :

Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius AAA. ad Claudium consularem Tusciae. — Universa quidem negotia, quae ex rescriptorum auctoritate sortiuntur exordium, ad cursum temporum pertinere decretum est : ante omnia vero procurandum est, ne pervasionibus inproborum protelandae cognitionis praebeatur occasio. Idcirco si quis possessione deiectus auxilium nostri poscat oraculi, nullis eum temporum, quae ex rescriptorum editione defluunt, moris esse cludendum hac lege decernimus, ne iuris suffragium,

quod inceleri reformatione consistit, beneficiorum inperialium decreta suspendant (2 mai 389).

Interpretatio.— Licet in negotiis, quae per actionem elicitam inchoari videntur, legitimus ad respondendum temporum semper cursus observandus sit, specialiter eos qui aliqua pervaserint non patimur per quamcumque occasionem differre negotium. Ideoque cum ille, qui fuerit de possessione deiectus, audientiam impetraverit iuxta iuris ordinem intra annum, ad recipienda quae perdidit nullatenus differatur. Nec aliqua pervasori dilatio concedatur, etiamsi pro hac re differenda beneficium principis potuerit obtinere.

Brev., II, 4, 6 (= Theod., II, 4, 6) :

Imppp. Arcadius, Honorius et Theodosius AAA. Aemiliano praefecto urbi. — Si quis debiti, quod ex fenore vel mutuo data pecunia sumpsit exordium vel ex alio quolibet titulo in litterarum obligationem facta cautione translatum est, seu fideicommissi dirigat actionem, aut momentariam possessionem pervasione violatam vel quodlibet interdictum efflagitet, seu inofficiosum arguat testamentum, vel tutelae seu negotiorum actionem intendat, ruptis denuntiationum ambagibus. inter ipsa cognitionum auspicia rationem exprimere ac suas allegationes iubeatur proponere, denuntiatione et temporum observatione remota, quam in ceteris civilibus causis, quarum tamen aestimatio centum solidorum summam excedat, volumus custodiri (19 juillet 406).

Interpretatio.— Pro repetendo debito, unde certa scriptura profertur, seu de eo, quod alicui fideicommissum est ut daretur, aliquis agat, aut aliquid sibi alleget fuisse pervasum, aut quodlibet intra annum beneficium momenti requirat, aut testamentum dicat non esse légitimum, vel de tutela aliquid proponat, non expectetur, ut prius quod repetit apud acta proponat aut ordo ipsius causae petatur scriptus, sed mox apud iudicem sine ulla temporum mora, quae per hoc videtur afferri, causam suam proponat et omnes partes suae probationis exhibeat. Quam rem etiam in civilibus negotiis praecipimus observari, quae tamen minus quam centum solidorum summa est, valere constiterit. Hic de iure addendum est.

Ce caractère d'extrême urgence n'est nullement une particularité réservée aux seules actions possesssoires. Sans doute la constitution du 2 mai 389 de Valentinien, Théodose, et Arcadius, et surtout son *interpretatio* semblent bien viser spécialement l'interdit *de vi* ; mais d'autre part la constitution du 19 juillet 406 d'Arcadius, Honorius et Théodose et son *interpretatio* mettent sur la même ligne toutes les actions possesssoires (*quodibet intra annum momenti beneficium requirat*) et tous les interdits (*quodlibet interdictum efflagitet*) et toute une série d'autres actions urgentes. Par contre, dans le code de Justinien (VIII, 1, 4), cette dernière constitution n'est plus appliquée qu'aux seuls interdits.

Une allusion aux actions possessoires se rencontre également dans ce passage du Bréviaire, qui proclame que le *deiectus possessione per vim* ou l'*expulsus violenter de re sua*, s'il a usé de l'interdit *de vi*

pour récupérer la possession, peut encore instituer ensuite la poursuite publique en vertu de la *lex Julia de vi.*

Brev., VIIII, 16, 1 (= Theod., VIIII, 20, 1) :

Imppp. Valens, Gratianus et Valentinianus AAA. ad Antonium praefectum praetorio. — A plerisque prudentium generaliter definitum est, quotiens de re familiari et civilis et criminalis conpetit actio, utraque licere experiri, nec, si civiliter fuerit actum, criminalem posse consumi. Sic denique et per vim possessione deiectus, si de ea recuperanda interdicto unde vi erit usus, non probibetur tamen etiam lege Iulia de vi publico iudicio instituere accusationem..... (12 janvier 378).

Interpretatio. — Sunt causae permixtae civiles pariter et criminales, et possunt hae causae ita dividi, ut prius civiles, deinde criminales agantur, si voluerit accusator: ita ut, si quis de re sua fuerit violenter expulsus, et rem ablatam civili primitus maluerit actione repetere, momentum sibi restitui petat, et si de eius proprietate is qui expulsus est civiliter fuerit superatus, criminali postmodum actione servata recepto primitus momento potest postmodum inpetere violentum.....

Dans un autre passage, nous trouvons une allusion directe au caractère propre des actions possessoires, qui excluent et réservent toute discussion du *ius possidendi.*

Brev., XI, 12, 1 (= Theod., XI, 37, 1) :

Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius AAA. ad Eusignium praefectum prae torio.— Cum de possessione et momento causa dicitur, etsi appellatio interposita fuerit, tamen lata sententia sortiatur effectum atque ita demum ad nostram scientiam referatur. Ita tamen possessionis reformationem fieri oportet,ut integra omnis proprietatis causa servetur (18 novembre 386).

Interpretatio. — Si de momento fuerit appellatum, momentariae causae audientiam proprietati obesse paenitus non debere,quamlibet de momento videatur aliquid iudicatum quod in effectum sit sine dubio deducendum, nec possit appellatione suspendi. Iubet tamen, restituto momento, causam proprietatis ex integro debere cognosci.

Ce même caractère provisoire de la sentence possessoire est indiqué par les mots « *salva proprietatis causa* », dans le chapitre 76 de l'Edit de Théodoric (*infra*, p. 24), dont il faut rapprocher : *Cassiodorus, Var., lib.* IV, *epist.* 44.

Arrivons maintenant à la disposition capitale du Bréviaire, en la matière des actions possessoires, disposition à mettre hors pairs et en vedette, depuis que la perspicacité de Hermann Fitting nous a permis d'y découvrir une innovation importante (1). Cette disposition n'est autre que l'*interpretatio* d'un passage des sentences de Paul.

(1) Hermann Fitting, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, XI (1873), p. 441 et ss.

BREV, : PAUL, V, 6, 1.

Retinendae possessionis gratia comparata sunt interdicta, per' quae eam possessionem quam iam habemus retinere volumus, quale est *uti possidetis* de rebus soli et *utrubi* de re mobili. Et in priore quidem is potior est, qui redditi interdicti tempore nec vi nec clam nec precario ab adversario possedit; in altero vero potior est, qui maiore parte anni retrorsum numerati nec vi nec clam nec precario possedit.

Interpretatio. — Interdicta dicuntur, quasi non perpetua sententia, sed ad tempus interim dicta, hoc est, a iudice momentum priori reddere possessori : id est, ut si quis possidens intra anni spatium, quod amisisse videtur, praesentibus litigatoribus, iudice ordinante recipiat et postmodum, si voluerit, tam de vi quam de rei proprietate confligat. Nam si talis casus emerserit, ut adventiciam quolibet titulo rem novus possessor adeat et eam maiore parte anni, id est, plus quam sex mensibus teneat et ab alio haec res, quam tenuit, auferatur et ille, qui abstulit, quatuor aut quinque mensibus teneat, si intra ipsum annum de momento fuerit actum, priori possessori, qui maiore parte anni possedit, res a iudice partibus praesentibus merito reformatur,ita ut de negotii qualitate partes sequenti actione confligant. Sin vero, qui abstulit, maiori parte anni possedit ante iudicium, momenti beneficium reddere non compellitur.

Le texte de Paul nous parle des deux *interdicta retinendae possessionis*, l'*uti possidetis* pour les immeubles et l'*utrubi* pour les meubles, et il indique la différence caractéristique qui les sépare, à savoir que, dans le premier, celui-là triomphe qui possédait au moment de l'*interdictum redditum*, tandis que dans le second, la victoire est réservée à celui qui a possédé le plus longtemps pendant l'année comptée rétrospectivement à partir de l'interdit rendu.

L'*interpretatio* s'écarte sensiblement du texte de Paul. Elle ne fait plus aucune allusion à la distinction entre l'interdit *uti possidetis* et l'interdit *utrubi*. Au lieu de nous parler des *interdicta retinendae possessionis* en particulier, elle essaie de nous donner une définition étymologique des interdits en général, en insistant sur leur caractère provisoire (*interdicta* = *interim dicta*), et les interdits que l'*interpretatio* a en vue, en formulant cette affirmation générale, sont ceux qui tendent à faire rendre au possesseur une possession perdue (*momentum priori reddere possessori..... quod amisisse videtur iudice ordinante recipiat*). Il semble donc à première vue qu'une transposition ait été opérée et que, si le texte de Paul nous place sur le terrain des *interdicta retinendae possessionis*, l'*interpretatio* nous transporte sur le terrain des *interdicta recuperandae possessionis*. Mais quand on poursuit la lecture de l'*interpretatio*, on remarque sans peine qu'il n'en est nullement ainsi et qu'en réalité, dans l'*interpretatio* comme dans le texte de Paul, ce sont bien les *interdicta*

retinendae possessionis qui sont envisagés. La seconde moitié de l'*interpretatio* nous apprend en effet que si, durant l'année comptée rétrospectivement à partir de l'action, le possesseur dépouillé a possédé pendant plus de six mois, il obtiendra la restitution, que si, par contre, durant cette même année, il a eu moins de six mois de possession, il n'obtiendra pas la restitution. Qu'est-ce à dire, sinon que l'*interpretatio* envisageait ici l'*interdictum utrubi* et qu'elle étendait à tous les *interdicta retinendae possessionis* la particularité résultant de la clause *maiore parte huiusce anni* de l'interdit *utrubi* (1).

Dès lors il n'est pas surprenant que la première phrase de l'*interpretatio* semble s'appliquer plutôt aux actions récupératoires qu'aux actions conservatoires de la possession. Car la particularité, qui subordonnait le gain du procès à la durée la plus prolongée de la possession pendant l'année précédente, faisait remplir à l'action à la fois une fonction récupératoire et une fonction conservatoire : si le possesseur *maiore parte anni* était le possesseur actuel, son triomphe dans l'action lui assurait la conservation de la possession ; par contre si le possesseur *maiore parte anni* était un ancien possesseur actuellement dépossédé, son triomphe dans l'action lui faisait récupérer la possession perdue.

En conséquence on peut dire que l'*interpretatio* de Paul, V, 6, 1, en généralisant la particularité résultant de la clause *maiore parte huiusce anni*, a opéré une confusion entre les actions conservatoires et les actions récupératoires de la possession : elle a supprimé en quelque sorte la distinction même entre ces deux catégories d'actions.

Il ne faudrait pas croire cependant que cette confusion se serait opérée par l'absorption pure et simple de l'interdit récupératoire *de vi* dans l'interdit conservatoire, devenu lui aussi récupératoire grâce à la généralisation de la clause *maiore parte anni*. L'interdit *de vi* a

(1) Ce système original du Bréviaire se retrouve, non seulement dans les épitomés du Bréviaire (voir par exemple : *Lex romana Raetica Curiensis*, XXVII, 11, 2), mais aussi, comme l'a signalé Fitting (*loc. cit.*), dans le *Brachylogus iuris civilis*, IIII, 28, 3 ; Item interdictorum alia sunt comparata gratia adipiscendae possessionis, alia retinendae, alia recuperandae. Causa adipiscendae possessionis sunt comparata interdicta..... Retinendae possessionis causa comparata sunt interdicta uti possidetis et utrubi, quae tunc dantur, cum uterque se possidere contendunt ; per quod inquiritur quis maiore parte eius anni nec clam, nec vi, aut precario ab adversario possederit.

résisté à cette absorption ; il s'est maintenu ; et ceci n'était pas un mal, parce que ses conditions ne coïncidaient pas avec celles de l'interdit conservatoire. Mais en outre, — et ceci est moins heureux, — la raison de distinguer entre l'interdit *de vi* et l'interdit conservatoire n'apparaissant plus clairement, il est arrivé que les conditions différentes de ces interdits ont été mélangées inconsidérément et qu'ainsi certaines dispositions se sont trouvées singulièrement obscurcies.

Pourquoi notamment supposer que les adversaires aux prises dans l'instance possessoire seraient l'ancien possesseur et le spoliateur : *ille qui abstulit*, pour employer le langage de l'*interpretatio*, ou même celui qui *per forciam tullerit*, pour employer le langage plus restrictif encore de l'épitomé de Saint Gall ? N'est-ce point là une réminiscence malencontreuse de l'*interdictum de vi*, qui n'était donné que contre le *deiciens* seul ? En se plaçant sur ce terrain, n'a-t-on pas perdu de vue que, grâce à la généralisation de la particularité de l'*utrubi*, la protection possessoire avait acquis une bien plus grande ampleur : désormais le possesseur *maiore parte anni*, s'il avait perdu la possession sans sa volonté, était à même de récupérer sa possession aussi bien d'un tiers possesseur de bonne foi que de l'auteur même de la dépossession.

La condition « *si intra ipsum annum de momento fuerit actum* » paraît être aussi le résultat d'une distraction provoquée par les règles de l'*interdictum de vi cottidiana*, qui était annal. En effet du moment où, dans l'instance possessoire, la victoire est toujours assurée à celui qui possède depuis plus de six mois, c'est en réalité par ce délai de six mois et non par le délai d'un an que l'action possessoire se prescrit : six mois après la dépossession, l'ancien possesseur dépossédé ne pourrait plus soutenir qu'il a possédé *maiore parte anni, id est plus quam sex mensibus*. A la vérité il est un cas dans lequel l'action possessoire pouvait encore être intentée avec succès plus de six mois après la dépossession du demandeur : c'est le cas où la possession du défendeur pouvait être écartée parce qu'elle était injuste ou vicieuse à l'égard de l'adversaire ; quelle que fut la durée de la possession du défendeur, eût-elle duré plus de six mois, si elle était injuste ou vicieuse à l'égard du demandeur, il n'en était tenu aucun compte grâce à la clause « *nec vi nec clam nec precario ab adversario possedit*, » et le demandeur triomphait

bien que, durant la dernière année, sa possession eut été moins prolongée que la possession vicieuse du défendeur. Dans cette hypothèse particulière, le demandeur triomphait, quand bien même la possession lui eut été enlevée depuis plus de six mois ; mais il va sans dire qu'il succombait, s'il avait été dépouillé de la possession depuis plus d'un an, car pour triompher il est indispensable d'avoir eu la possession pendant une partie de *l'annus retrorsum numeratus* : en général, c'est pendant la majeure partie de cette année, c'est-à-dire pendant plus de six mois ; mais dans le cas particulier où nous serions aux prises avec un possesseur injuste à notre égard, une moindre partie de cette année nous suffit, parceque la posession injuste de notre adversaire ne lui est pas comptée. Si donc l'action possessoire ne peut jamais être intentée plus d'un an après la dépossession, ceci résulte de la règle « *potior est qui maiore parte anni retrorsum numerati possedit,* » et c'est une redondance inutile que d'ajouter que l'action doit toujours être intentée dans l'année (*si intra ipsum annum de momento fuerit actum*). D'ailleurs n'en était-il pas exactement de même de l'interdit *utrubi* du droit classique romain, dans la formule duquel le préteur n'a certes jamais songé à signaler *l'exceptio annalis* autrement que par les mots *maiore parte huiusce anni fuit ?*

La redondance que nous signalons ici dans le Bréviaire n'est pas seulement inutile ; elle peut même paraître dangereuse, car elle pourrait faire croire au possesseur dépossédé qu'il dispose toujours d'une année pour agir au possessoire, alors qu'en réalité, en règle générale, c'est de six mois seulement qu'il dispose à cet effet. Mais cette redondance s'explique assez naturellement quand on songe que le cas dans lequel le possesseur a un an pour agir, c'est précisément le cas où le possesseur s'en prend à celui qui l'a dépossédé injustement (possesseur injuste ou vicieux à l'égard du demandeur). Or en pareil cas l'action possessoire remplit la plupart du temps le rôle de *l'interdictum de vi cottidiana*, qui était annal. Est-il surprenant que, dans ces circonstances, le Bréviaire répétât surabondamment la condition d'annalité, en commettant la maladresse de la placer dans un contexte qui peut prêter à l'équivoque ?

La confusion, que le système du Bréviaire a provoquée entre l'interdit conservatoire et l'interdit récupératoire de la possession, crée des difficultés quasi inextricables au sujet de l'application du

moyen connu sous le nom *d'exceptio vitii* ou *exceptio vitiosae possessionis*. Est-ce dans l'interdit conservatoire, ou dans l'interdit *de vi*, ou dans ces deux interdits à la fois, que le juge refuse sa protection au plaideur qui aurait acquis la possession *vi clam aut precario ab adversario ?*

La question n'est pas dépourvue d'intérêt. En effet, dans l'interdit conservatoire du Bréviaire, qui fait triompher celui *qui maiore parte anni retrorsum numerati possedit*, la réserve formulée par les termes « *nec vi, nec clam, nec precario ab adversario* » a évidemment la portée suivante : si, durant *l'annus retrorsum numeratus*, l'un des plaideurs a eu la possession *vitiose ab adversario*, cette possession vicieuse ne doit pas lui être comptée, elle doit être tenue pour non avenue vis-à-vis de l'adversaire ; de sorte que le possesseur juste étant aux prises avec le possesseur injuste qui l'a dépouillé, c'est le possesseur juste qui doit triompher, quelque courte qu'ait été sa possession pendant *l'annus retrorsum numeratus*. Dans *l'interdictum de vi cottidiana*, l'application de l'*exceptio vitiosae possessionis* impliquait des conditions sensiblement différentes : ici, pour qu'il y ait lieu à l'*exceptio vitii*, il faut supposer que les deux plaideurs soient non pas un possesseur juste et un possesseur *vitiose ab adversario possidens*, mais bien deux possesseurs injustes tous deux, ayant acquis chacun leur possession *vitiose ab adversario* ; il faut supposer que le possesseur dépossédé *vi, clam aut precario* se soit remis violemment en possession : l'interdit *de vi cottidiana* intenté alors par le possesseur injuste qu'était le *deiectus* contre cet autre possesseur injuste qu'est le *deiciens* est écarté par *l'exceptio vitii*. Celui qui avait été dépouillé *vi, clam aut precario* pouvait donc se faire justice de sa propre autorité et reprendre violemment la possession qui lui avait été enlevée *vitiose*.

Est-il nécessaire de démontrer que pareille application de *l'exceptio vitii* paraît inconciliable avec les dispositions si touffues de la législation théodosienne qui s'attachent à réprimer le fait de se rendre justice à soi-même ? Ce fait, nous l'avons vu, est frappé d'une peine publique, la déportation, et d'une peine privée, la perte de la chose reprise par acte d'auto-justice. Or est-il admissible que ces peines, édictées d'une manière générale, n'atteignent pas le possesseur dépouillé injustement, qui aurait repris sa chose violemment, au lieu de s'adresser au juge pour récupérer la possession

par le moyen si simple de l'action conservatoire de la possession telle qu'elle est comprise par le Bréviaire ? C'est bien semble-t-il, parce que la possibilité d'opposer *l'exceptio vitii* à *l'interdictum de vi cottidiana* ne se conciliait plus avec la législation impériale réprimant sévèrement les actes de justice privée, que pareille application de *l'exceptio vitii* se trouve définitivement condamnée par Justinien (Inst., IIII, 15, § 2). Pour la faire disparaître, il n'a pas fallu une prescription formelle de la loi ; elle a disparu d'elle-même, parce qu'elle ne se conciliait plus avec les dispositions législatives nouvelles. Par contre dans l'interdit *retinendae possessionis*, l'application de *l'exceptio vitii* ne se heurtait en aucune façon aux dispositions législatives nouvelles réprimant les actes d'auto-justice : il était en parfaite harmonie avec ces prescriptions nouvelles de conserver, dans l'interdit *retinendae possessionis*, une réserve formelle permettant de sacrifier le possesseur vicieux ou injuste, quand des deux adversaires qui se disputaient la possession l'un ne pouvait se prévaloir que d'une possession acquise *vi clam aut precario ab altero*.

En conséquence ,dans le Bréviaire, qui s'est approprié la législa tion théodosienne réprimant les actes de justice privée, on s'attendrait à trouver, comme dans le droit de Justinien, *l'exceptio vitii* supprimée dans l'interdit *de vi* et conservée dans l'interdit *retinendae possessionis*. En est-il bien ainsi ? Il nous paraît impossible de répondre catégoriquement à cette question, à cause précisément de la confusion faite par le Bréviaire entre l'interdit conservatoire et l'interdit récupératoire de possession. Assurément *l'exceptio vitiosae possessionis* a été conservée par le Bréviaire ; mais les passages qui y font allusion doivent-ils être rapportés à l'interdit récupératoire *de vi* ou bien à l'interdit *retinendae possessionis* devenu lui aussi récupératoire grâce à la particularité de la *maior pars anni retrorsum numerati ?* Voilà ce qu'il serait bien difficile de dire. Q'on en juge par le relevé des allusions du Bréviaire à *l'exceptio vitii*.

1° C'est d'abord le passage de Paul (V, 6, 1), reproduit *supra*, p. 17, avec *l'interpretatio*. Paul ne parle ici que des interdits *retinendae possessionis*, *l'uti possidetis* et *l'utrubi*, et il signale la réserve faite dans ces interdits au sujet de celui qui posséderait *vi clam aut precario ab adversario*. L'*interpretatio* nous apprend que, dans tout interdit *retinendae possessionis*, la victoire est assurée à celui qui

maiore parte anni possedit ; il est vrai qu'elle n'ajoute plus aucune réserve à l'égard de la possession acquise *vi clam aut precario ab adversario*, mais ceci pouvait paraître inutile en présence du texte suffisamment clair et catégorique de Paul. Ce qui est plus difficilement explicable, c'est que, dans l'exemple donné par *l'interpretatio*, il n'est tenu aucun compte de l'*exceptio vitiosae possessionis*, le raisonnement se déroule comme si ce moyen n'existait pas : *l'interpretatio* suppose le procès engagé entre l'ancien possesseur et le spoliateur (*ille qui abstulit*) ; ce dernier ne sera pas force de restituer s'il a possédé la majeure partie de l'année, tandis qu'il devra restituer s'il n'a possédé que durant quatre ou cinq mois de l'année. N'est-ce point là perdre de vue que le spoliateur, c'est-à-dire le possesseur injuste, doit toujours être sacrifié, quelque prolongée qu'ait été sa possession acquise *vi clam aut precario ab adversario ?* A considérer notre texte dans son ensemble, ne serait-on pas tenté d'en déduire la suppression de *l'exceptio vitiosae possessionis* dans l'interdit *retinendae possessionis ?*

2° Un autre passage de Paul (V, 6, 7), recueilli dans le Bréviaire, fait allusion à *l'exceptio vitii*. On peut rapprocher de ce passage le chapitre 76 de l'Edit de Théodoric.

BREV.: PAUL, V, 7, 5 (= V, 6, 7) :

Qui vi aut clam aut precario possidet ab adversario, impune deicitur.

Interpretatio. — Vi possidet, qui impetu efficaci depulso adversario possidet : clam possedisse videtur, qui ignorante et inscio domino possessionem occupat : precario, qui per precem postulat, ut ei in possessione permissu domini vel creditoris fiduciam commorari liceat.

EDICTUM THEODORICI :

Cap. 76.—Illi res occupata per violentiam intra annum momenti iure salva proprietatis causa reddetur,qui eandem rem, quam alterius praesumptione perdidit, nec violenter, nec abscondite, nec precario possidet.

Sans aucun doute le texte de Paul, et aussi le texte de Gaius dont Paul semble bien s'être inspiré (1), visent tous deux *l'exceptio vitiosae possessionis* opposée à l'interdit de *vi cottidiana*. Il serait bien difficile de soutenir aussi que le chapitre 76 de l'Edit de Théodoric, placé au milieu des dispositions qui répriment les violences,

(1) Gaius, IIII, 154 *i. f.*: namque eum qui a me vi aut clam aut precario possidet, impune deicio.

n'ait pas eu en vue l'interdit *de vi* paralysé par *l'exceptio vitii*. Mais dans le Bréviaire, on remarquera pourtant que *l'interpretatio* ne s'explique en aucune façon sur l'application de *l'exceptio vitii* et qu'elle se borne à prendre texte des paroles de Paul pour définir ce qu'il faut entendre par posséder *vi clam aut precario*. Ce passage du Bréviaire n'a-t-il pas pour but de préciser les notions de possession violente, possession clandestine et possession précaire, au point de vue de tous les effets dont elles sont susceptibles, et non particulièrement au point de vue de l'application de l'*exceptio vitii* (1) ?

Quoiqu'il en soit, Fitting n'hésite pas à dire, en présence des affirmations du Bréviaire (Paul, V, 7, 5) et de l'Edit de Théodoric (chapitre 76), qu'en Occident comme en Orient toute différence disparut entre l'interdit *de vi cottidiana* et l'interdit *de vi armata*, mais qu'en Occident, — à l'opposé de ce qui arriva en Orient, — ce fut l'interdit *de vi armata* avec ses règles rigoureuses, qui disparut, et *l'exceptio vitiosae possessionis* qui fut conservée (2).

A s'en tenir au texte du Bréviaire et de l'Edit de Théodoric, cette déduction est indiscutable ; elle trouve d'ailleurs sa confirmation, ainsi que Fitting le remarque, dans le texte du *Brachylogus iuris civilis* (IIII, 28, 3 *i, f.*). Pourtant en présence des dispositions si nombreuses et si catégoriques, qui répriment les actes de justice privée, est-il vraisemblable que la pratique judiciaire ait en réalité suspendu l'application de ces dispositions, précisément dans l'espèce si usuelle où un possesseur dépouillé injustement se serait remis violemment en possession ? Si explicites que paraissent les textes du Bréviaire et de l'Edit de Théodoric relatifs à *l'exceptio vitii*, y a-t-il cependant trop grande témérité à les transposer et à limiter leur application au seul interdit conservatoire de possession ? Le Bréviaire, en rendant l'interdit conservatoire en même temps récupératoire, obscurcit la raison de distinguer entre ces deux catégories d'interdits ; dès lors la portée différente de *l'exceptio vitii* dans chacun de ces interdits échappe, grâce à la confusion créée par le système du Bréviaire ; *l'exceptio vitii* est conservée ; elle ne devait

(1) Comparer, dans le voisinage immédiat de notre disposition du Bréviaire : sur les effets de la possession violente, Paul, V, 6, 8 = Brev., V, 7, 6 ; sur la notion et l'effet de la possession précaire, Paul, V, 6, 10-11 = Brev., V, 7, 8-9 ; sur la notion de la possession clandestine, Paul, V, 6, 12 = Brev., V, 7, 10.

(2) Hermann Fitting, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, XI (1873), p. 442-443.

et ne pouvait l'être que dans l'interdit conservatoire ; mais comme celui-ci ne se distingue désormais plus très clairement de l'interdit récupératoire, et qu'on a sous les yeux des textes du droit classique qui consacrent l'existence de *l'exceptio vitii* dans l'interdit *de vi cottidiana*, ce sont ces textes là que l'on recueille — un peu inconsidérément mais très naturellement — dans le Bréviaire.

Ce n'est pas seulement eu égard à l'*exceptio vitiosae possessionis* qu'il importe d'éviter la confusion entre l'interdit récupératoire *de vi* et l'interdit conservatoire devenu lui aussi récupératoire dans le système du Bréviaire. A d'autres points de vue la distinction s'imposait plus impérieusement encore, et elle n'a pu être méconnue par le Bréviaire.

1° Dans le système du Bréviaire, qui généralise la particularité de la possession *maiore parte anni retrorsum numerati*, l'interdit conservatoire, devenu récupératoire, assure la restitution de toute possession perdue sans la volonté du possesseur, même en l'absence de toute violence. Ceci ne peut être mis en doute, en présence de l'espèce envisagée par la loi unique du titre *utrubi* du Code Théodosien, recueillie par le Bréviaire.

BREV., IIII, 21, 1 (= THEOD., IIII, 23, 1) :

Impp. Arcadius et Honorius AA. Vincentio praefecto praetorio Galliarum. — Si coloni, quos bona fide quisque possedit, ad alios fugae vitio transeuntes necessitatem condicionis propriae declinare temptaverint, bonae fidei possessori primum oportet et celeri reformatione succurri, tunc causam originis et proprietatis agitari, non expectatis temporibus nec denuntiatione sollemni, quae locum in his negotiis non habebunt (29 juin 400).

Interpretatio.— Si coloni rei alienae ad alios dominos forte confugerint, primum est, ut fugitivos suos, de cuius re exisse noscuntur, momenti beneficio possessor sine dilatione recipiat et sic de eorum origine audiatur, nec requiratur in iudicio, ut prius titulum litis petitor scribat, quia initium litis ad momentariam non pertinet actionem.

Dans cette constitution du 29 juin 400, il s'agit d'un colon qui s'est enfui et réfugié chez un autre possesseur ; ainsi le possesseur du colon s'est trouvé dépouillé, sans avoir été l'objet d'aucune violence ; l'interdit *utrubi* lui fera obtenir la restitution immédiate de la possession qu'il avait perdue contre son gré. Cependant, si ce résultat n'est pas sérieusement discutable, il faut reconnaître néanmoins que la lecture de notre constitution et de son *interpretatio* suggère certaines observations quelque peu déconcertantes. A s'en

tenir au texte même de la constitution, il semblerait que l'interdit *utrubi* serait réservé au seul possesseur de bonne foi ; mais dans *l'interpretatio*, la condition de la bonne foi a disparu. D'autre part il n'est fait allusion ni à *l'exceptio vitiosae possessionis* ni à la possession *maiore parte huius anni*, et ceci pourrait nous faire douter que notre texte visât réellement l'interdit *utrubi*, n'était la rubrique sous laquelle il est placé (1). Enfin la confusion de l'interdit *utrubi* avec l'interdit *de vi* se révèle ici par la déformation de la rubrique « *utrubi*, » qui est devenue « *utrum vi*, » dans les épitomés du Bréviaire et aussi dans la plupart des manuscrits du Bréviaire même.

A la différence de l'interdit conservatoire, l'interdit récupératoire *de vi* est resté réservé au cas de *deiectio vi*, encore que la notion de la *vis* ait reçu une extension considérable, au point que l'on considérait comme *vi deiectus*, celui-là même qui, par crainte fondée et justifiée de voies de fait simplement imminentes, avait quitté son immeuble ou refusé d'y rentrer.

Brev.: Paul, V, 7, 2 (= V, 6, 4).:

Vi deicitur non tantum, qui oppressu multitudinis aut fustium aut telorum aut armorum metu terretur, sed et is qui violentiae opinione comperta possessione cessit, si tamen adversarius eam ingressus sit.

Brev.: Paul, V, 7, 4 (= V, 6, 6):

Vi deiectus videtur et qui in praedio vi retinetur, et qui in via territus est, ne ad fundum suum accederet.

2° L'interdit conservatoire s'applique aux meubles comme aux immeubles ; il s'intente contre le possesseur actuel, quand bien même celui-ci ne serait pas l'auteur de la dépossession. Ceci résulte de la constitution du 29 juin 400 et de son *interpretatio*, rapportées *supra* p. 22.

Par contre l'interdit *de vi* est resté réservé aux immeubles seuls et ne peut s'intenter que contre l'auteur de la *deiectio* ou celui dont la *familia* aurait opéré la *deiectio*.

Brev.: Paul, V, 7, 1 (= V, 6, 3):

Non tantum si ipse dominus possessione deiciat, utile interdictum est, sed etiam si familia eius. Familiae autem nomine etiam duo servi continentur.

(1) On serait même tenté de rapprocher notre constitution du 29 juin 400 de la constitution du 28 mars 432 de Théodose et Valentinien (Théod., VIIII, 45, 5), qui n'est pas recueillie dans le Bréviaire, mais dont s'est inspiré le chapitre 70 de l'Edit de Théodoric.

Brev.: Paul, V, 7, 3 (= V, 6, 5) :

De navi vi deiectus hoc interdicto experiri non potest ; sed utilis ei actio de rebus recuperandis, exemplo iudicii vi bonorum raptorum, datur. Idemque de eo dicendum est, qui carruca aut equo deicitur ; quibus non abductis, iniuriarum actio datur.

3° Enfin le système du Bréviaire aboutissait à cette conséquence que la possession n'était plus, en général, protégée par l'interdit conservatoire que si elle avait duré plus de six mois. La possession donnant lieu à cet interdit, c'était bien toujours la possession proprement dite ou *ius possessionis* à l'exclusion de la détention, car rien n'autorise à supposer que le Bréviaire aurait innové sur ce point.

Par contre lorsqu'il y a eu *deiectio vi*, l'octroi de l'interdit *de vi* au *deiectus* n'est subordonné à aucune condition de durée de la possession. Bien plus, cet interdit *de vi* n'est plus réservé au seul possesseur proprement dit, mais il est accordé aussi à tout détenteur dépouillé violemment : *ad recipiendum momentum, id est infra anni spatium cuiuslibet persona agere potest.*

Brev., IIII, 20, 1 (= Theod., IIII, 22, 1) :

Imp. Constantinus A. Severo.— Iudices absentium, qui cuiuslibet rei possessione privati sunt, suscipiant in iure personam et auctoritatis suae formidabile ministerium obiciant atque ita tueantur absentes. Hos tamen iudices, quos absentium iussimus subire personam intra hos terminos ministerii retinemus,ut inlibatis atque omnibus integris causae principalis internis id solum diligenter inquirant, utrum eius qui quolibet pacto peregrinatur possessio ablata est, quam propinquus vel amicus vel servulus quolibet titulo retinebat. Nec eos, qui deiecti sunt absentium nomine possidentes, quia minime ipsis dictio causae mandata sit, ab experiunda re secludant, nec si servi sint eorum reiciant in iure personam, quia huiuscemodi condicionis hominibus causas orare fas non sit, sed post elabsa quoque spatia recuperandae possessionis legibus praestituta litigium eis inferentibus largiri conveniet, ut eos momentariae perinde possessioni restituant,ac si reversus dominus litigasset. Cui tamen quolibet tempore reverso actionem recuperandae possessionis indulsimus, quia fieri potest, ut restitutio propter servulos infideles vel neglegentes propinquos vel amicos et colonos interea differatur. Absenti autem officere non debet tempus emensum, quod recuperandae possessioni legibus praestitutum est, sed reformato statu, qui per iniuriam sublatus est,omnia quae supererunt ad disceptationem litigii inmutilata permaneant, iudicio reservato iustis legitimisque personis, cum valde sufficiat possessionem tenentibus absentium nomine contra praesentium violentiam subveniri (23 octobre 326).

Interpretatio.— Omnes iudices specialiter ammonemus, ut nullus, absentibus dominis, res eorum praesumat invadere, sed contra inprobos homines omnia per personam iudicis vindicentur, salvo principali negotio.Quod si quis se adversus absentem negotium habere causatur et si, cui ille qui peregrinatur rem suam commiserit gubernandam, nec actor vel

procurator eorum aut aliquis servorum ad dicendam causam domino aut absente aut non iniungente cogatur, sed si quid eis fuerit sublatum, mox his, qui domino absente exclusi sunt, cum interpellaverint, reformetur. Ipse vero dominus, si forte per neglegentiam servorum res recepta non fuerit, cum de peregrinis redierit, possessionem suam nullatenus momenti beneficio, etiamsi annus excesserit, recipere prohibetur, sed restitutis in integrum omnibus quae eo absente sublata sunt,integra causae actio proponatur,inter legitimas dumtaxat et integra aetate personas,quia dignum est, ut contra malitiam eorum qui praesentes sunt, taliter absentibus iubeamus esse consultum.

Brev., IIII, 20, 4 (= Theod., IIII, 22, 4) :

Impp. Arcadius et Honorius AA. Arriano consulari Liguriae.— Legis iteranda sunt beneficia, quae tantum absentibus detulerunt, ut, si perturbatus possessionis status sit vel direptum aliquid, ad repetendum momentum redintegrationemque fortunae servis etiam praebeatur facultas, amicis praeterea, parentibus, proximis vel libertis. Iudicem quoque absentium commoda tueri oportet atque in his, quae conprobantur ablata, celeri redhibitione consulere, nec iudicium dilatione suspendi. Sub quocumque igitur nomine vel titulo possidenti repetendi copia praebeatur, quia utendae rei habuit facultatem, ut, quae in militia constitutis vel absentibus erepta esse constiterit, sub cuiuslibet personae repetitione reddantur (18 décembre 396).

Interpretatio. — Propter absentes legem volumus iterare, ut, quidquid fuerit eis a qualibet persona sublatum, totum amicis eorum vel proximis vel servis, cum iudicem interpellaverint, sine dilatione reddatur : ut res, quam discedens dominus in sua proprietate dimisit, integra ab actoribus domini, quousque redeat, vindicetur. Quaecumque autem in militia constitutis vel absentibus pervasa fuerint, sine aliqua iubemus dilatione restitui.

Brev., IIII, 20, 6 (= Theod., IIII, 22, 6) :

Impp. Honorius et Theodosius AA. Iuliano II *proconsuli Africae.* — Momenti actio exerceri potest per quamcumque personam. Sub colore autem adipiscendae possessionis obrepticia petitio alteri obesse non debet, maxime cum absque conventione personae legitimae initiatum iurgium videatur. Nihil autem opituletur conventio circa minorem habita, cum id rectius circa curatorem debuerit custodiri (6 mars 414).

Interpretatio. — Ad recipiendum momentum, id est infra anni spatium cuiuslibet persona agere potest. Si per obreptionem fuerit facta petitio, alterius parti praeiudicare non poterit.Praeterea cum legitima persona non sit,nihil valeat actio contra aetatem minorem, quae contra curatorem suum potius debuit iusta ratione proponi.

Sans doute, dans l'esprit de leurs auteurs, ces trois constitutions n'étaient pas destinées à modifier la nature de l'action récupératoire de possession ; la seule préoccupation des empereurs était de protéger efficacement les absents contre le danger d'une dépossession violente, et à cet effet, la seule innovation consacrée par nos trois constitutions consiste à feindre l'existence d'un mandat judiciaire : en cas de *deiectio*, le détenteur *alieno nomine* est autorisé à agir comme s'il avait été constitué le mandataire judiciaire du possesseur absent. Ceci résulte très clairement de la constitution

de Constantin du 23 octobre 326 et de la constitution d'Arcadius et Honorius du 18 décembre 396, qui n'est qu'une répétition de la précédente : *legis iteranda sunt beneficia.* Il est vrai que la constitution d'Honorius et Théodose du 6 mars 414 s'exprime dans des termes beaucoup plus généraux : *momenti actio exerceri potest per quamcumque personam* ; on serait tenté de croire dès lors, comme l'a soutenu Jhering, que *l'actio momenti* appartiendrait à *quivis ex populo* ; mais il est vraiment téméraire de déduire d'une formule trop générale insérée dans un rescrit (c'est-à-dire une décision d'espèce), une innovation radicale dont l'utilité pratique échappe d'ailleurs à tout le monde. En réalité le rescrit de 414 ne faisait qu'appliquer à un cas particulier, dont les données précises ne nous sont pas conservées, la régle formulée par les constitutions de 326 et de 396. Dans le droit de Justinien, en dépit de la mesure de protection des possesseurs absents, prise par la constitution de 326 (C. Just., VIII, 5, 1), et en dépit de la formule trop générale du rescrit de 414 (C. Just., III, 6, 3), il parait hors de doute que l'action récupératoire de possession est restée réservée en principe au seul possesseur proprement dit. En faut-il une preuve plus convaincante que cette décision d'Ulpien, insérée au Digeste, qui refuse l'interdit *de vi* au fermier (D. XXXXIII, 16, 1 § 10)? Par contre en Occident, il semble bien qu'il en ait été autrement : la formule générale du rescrit de 414 a été prise à la lettre ; *l'interpretatio* en fait foi ; et l'action récupératoire de la possession enlevée violemment, si elle n'est pas devenue une véritable *actio popularis*, a cependant été donnée à tout détenteur : celui-ci, quand il est *deiectus*, est fondé à agir, non pas au nom du possesseur absent (comme en Orient), mais en son propre nom.

Nous arrivons ainsi à constater dans le Bréviaire l'existence d'un système de protection possessoire, qui se rapproche singulièrement du système de la complainte et de la réintégrande consacré par le droit français actuel :

1° La complainte, si elle ne présente que peu d'analogie avec l'interdit *uti possidetis*, a par contre la plus grande affinité avec l'interdit *utrubi* généralisé par le Bréviaire ; il n'y a guère de différence notable que dans la durée du délai requis : la complainte implique une possession annale, tandis que l'action possessoire du Bréviaire se contente d'une possession de six mois.

2° La réintégrande, qui ne requiert dans la personne du demandeur ni la possession annale ni même la possession proprement dite, se confond plus manifestement encore avec l'interdit *de vi* tel que le concevait le Bréviaire.

Faut-il conclure de nos constatations que le système français de la protection possessoire ne serait pas, comme on le dit généralement, issu du droit coutumier bien plus que du droit romain ? Pareille conclusion serait empreinte d'exagération manifeste. Sans doute la réintégrande procède de l'interdit *de vi* ; son nom, à la vérité, lui vient du canon « *redintegranda,* » mais on constate pourtant que déjà la constitution du 18 décembre 396 d'Arcadius et Honorius, rapportée *supra* p. 28, employait le terme *redintegratio* à propos de l'interdit *de vi* ; la tendance extensive de l'interdit *de vi*, que nous avons constatée dans la législation théodosienne, a rencontré un terrain extrêmement favorable dans les *leges romanae barbarorum* et dans la pratique du droit canonique ; et ainsi la réintégrande a pris l'ampleur qu'elle conserve dans le droit français moderne. Pour ce qui est de la complainte, on ne peut sérieusement songer à méconnaître les attaches coutumières du système français actuel ; mais il n'est peut-être pas sans intérêt de constater que, grâce à l'évolution différente du droit romain en Occident et en Orient, les anciennes coutumes germaniques se sont trouvées, en Gaule, en présence d'un droit romain qui, dans la matière de la complainte, s'harmonisait parfaitement avec la pratique coutumière. Ainsi le système actuel apparaît comme la résultante d'une alliance honorable du droit coutumier avec le droit romain, plutôt que d'un triomphe brutal du droit coutumier : si le système coutumier fut préféré au système du droit romain de Justinien, n'est-ce pas un peu parce que, avant la rénovation scientifique qui répandit en Occident l'autorité de la compilation de Justinien, le système coutumier avait reçu un précieux appui dans le droit romain du Bréviaire ?

Zur Kultur des Römischen Rechts im Westen des Römischen Reichs im vierten und fünften Jahrhundert nach Christi

Von Dr **Max CONRAT**, Professor an der Universität zu Amsterdam

1. Die folgenden Zeilen enthalten den Versuch einer Zusammenstellung und Sichtung von Nachrichten, die uns mit Bezug auf die Kultur des Römischen Rechts im Westen des Römischen Reichs und etwa innerhalb des vierten und fünften Jahrhunderts nach Christi Geburt übermittelt sind. Möge dann die örtliche und zeitliche Begrenzung der Untersuchung dem Leser nicht von vornherein als ein reines Produkt der Willkür oder, sei es auch, der Oekonomie im gelehrten Haushalte des Autors erscheinen. Warum sollten nicht auch so einschneidende Ereignisse des Rechtslebens, wie die mit dem Beginne des vierten Jahrhunderts abgeschlossene Entwicklung des Staatskörpers zur Monarchie und die Scheidung des Reichs in zwei Hälften einerseits, die im Westen der Römischen Welt um die Wende des fünften Jahrhunderts einsetzenden Kodifikationsbestrebungen andererseits, für die Kultur des Rechts von so grossem Einfluss gewesen sein, dass sich die dazwischen fallenden Zeitläufte in charakteristischer Weise von der Vergangenheit und der Zukunft abheben und, wie im Allgemeinen, so auch in dem in Frage stehenden Punkte der Kultur des Westens ihr besonderes Gepräge geben. Man geht, glaube ich, nicht zu weit, wenn man annimmt, dass hierfür die Vermutung spricht. Es möge dann bei der folgenden Erörterung auch ein einzelnes Zeugnis zu Tage treten, das, wenn ich nicht irre, von der Forschung bisher nicht verwertet worden ist, andererseits aber zu alten, freilich eine sichere Antwort kaum gestattenden Fragen, wie über die Bedeutung des Ausdrucks Responsa prudentium (7) und über den Inhalt des sogenannten Zitiergesetzes Valentinian III (8), der Versuch einer neuen Aufstellung gewagt werden. Dem kundigen Leser wird weder das Eine noch das Andere entgehen. Vor allem dem würdigen Forscher, dem erfolgreiche Studien auch auf diesem Gebiete nicht fremd geblieben sind und die folgenden Zeilen als ein gern gespendeter Tribut zu der ihm zu Ehren veranstalteten litterarischen Huldigung dargeboten werden.

2. Soviel ist dann gewiss, dass in diesen Jahrhunderten die Bemü-

hung mit dem Rechte, wie ehedem, für eine besondere Disziplin und zwar für eine wissenschaftliche Disziplin gegolten hat. Weithin ist, wie sich zeigen wird, von einer Wissenschaft des Rechts die Rede. Hier mag es genügen darauf hinzuweisen, dass Claudius Mamertinus in seiner im Jahre 362, übrigens in Konstantinopel, gehaltenen Dankrede für das ihm von Julian verliehene Konsulat rühmend hervorhebt, dass der Kaiser die in Ansehn gesunkene Wissenschaft des *Jus civile* (*Scientia iuris civilis*) wieder gehoben und die Männer, die sich hierin auszeichneten, seines Umgangs gewürdigt habe (*Gratiarum actio Juliano c.* 20 *u.* 25). Aus dem fünften Jahrhundert liegt eine Aeusserung *Theodosius II* bei Einführung des *Codex Theodosianus* (*Nov. Theod.* 1 *pr.*) vor, freilich ein Ausdruck des Bedauerns, dass die Zahl der Bekenner der *Juris civilis scientia* gering an Zahl ist. *Scientia iuris eximius* bezeichnet eine Person noch Kassiodor (*Varr.* 11. *Praef.*) in der *Praefatio chartarum praefecturae*, während sein Zeitgenosse Boëthius das Wort *Iurisperitia* bildet: im Kommentar zur Topik (Lib. IV ad c. 8, 33 u. 34, ed. Orelli M. T. Ciceronis Opp. V, I 335) erklärt er nicht zu wissen, ob einer unter den Professoren der *Jurisperitia*, worunter die juristischen Schriftsteller zu verstehen sein werden, in Hinsicht auf die Tutel, eine Einteilung nach dem Gesichtspunkt der vormundschaftlichen Funktionen aufgestellt habe. Es sei dann noch einer Aeusserung des *Hieronymus* im ersten Buche einer gegen 415 abgefassten Schrift (*Ep.* 43 *Dialogi adversus Pelagianos* [1,21]: Opp. [ed. Martianay] IV 2, 497) gedacht, die sich über das Verhältnis der *Juris ac legum scientia* zu den anderen Disziplinen ausspricht. Der Schriftsteller erörtert, dass nicht Alles, was Gott dem Menschen erreichbar gesetzt habe, auch tatsächlich erreicht werde. So habe auch Gott dem Menschengeschlecht die «*Artes*» zur Aneignung überlassen: wer aber wollte sie allesamt beherrschen! Und nun zählt *Hieronymus* die *Artes liberales* auf (1), fügt dann aber das Folgende hinzu: *medicina etiam quae in tria dividitur*, δίγμα μέθοδον ἐμπειρίαν, *iuris quoque et legum scientiam. quis nostrum quamvis sit ingeniosus, poterit omnia comprehendere.* So charakterisiert sich neben den Disziplinen, deren Gesamtheit das Wesen der höheren Bildung ausmacht,

(1) Statt der Dialektik *Philosophiae tria genera* (Physik, Ethik, Logik) und neben der Astronomie die Astrologie.

die Jurisprudenz als ein Spezialfach, und darf es kein Wunder nehmen, wenn dem sogenannten Ambrosiaster in seinem nicht lange nach Kaiser Julian abgefassten Kommentare zum Römerbriefe (1,14) (Ambrosii Opp. [1781–82] VII 35) die *Sapientes* der Vorlage — Griechen und Nichtgriechen, Weisen und Unverständigen bin ich verpflichtet (Luther) —, *Sapientes in saeculo*, als Leute erscheinen, die zwar in den einzelnen *Artes liberales*, aber darum nicht auch in *Scientia iuris civilis* betrieben sind (2). In einer Aufzählung der sieben *Artes liberales*, in einem seiner Briefe (*Epist.* 54 *sec. ad Paulinum De studio Script.* a. a. O. IV 2, 571), reiht Hieronymus gleichfalls die Medizin mit ihrer Dreiteilung als eine für die Menschen überaus nützliche Wissenschaft an (3) : von der Rechtswissenschaft ist hier dagegen nicht die Rede. Es wäre irrig, hieraus zu schliessen, dass *Hieronymus*, sei es individuell, sei es als Pfleger der *Doctrina Christiana*, die *Scientia iuris* ablehnt. Man kann, was den Standpunkt eines solchen anlangt, annehmen, dass Augustin das Verhältnis der *Doctrina Christiana* zu den, so zu sagen, soziologischen Wissenschaften in seiner zwischen 397 und 426 verfassten gleichnamigen Schrift (2, 39 sub 58) (Opp. [ed. Maur., Antv. 1700] III 32) allgemeingiltig gekennzeichnet hat : *illa vero instituta hominum, quae ad societatem conviventium valent, pro ipsa huius vitae necessitate non negligant.* Hingegen seien diejenigen von den Menschen begründeten Wissenschaften zu meiden, die mit den Daemonen einen Bund mittels Gemeinschaft gewisser Begriffe eingegangen haben, *Per quarundam significationum quasi quaedam pacta atque conventa*, wie sich Augustin, in Verwendung einer juristischen Phrase (*Paulus Sent.* Rubr. 1, 1), ausdrückt.

3. Dass sich dann immerhin noch solche fanden, die es auf Aneignung der *Scientia iuris civilis* abgesehen hatten, zeigt sich schon aus dem Vorstehenden. Wie zu allen Zeiten werden dann auch Leute gewesen sein, die die *Leges* lernen sollten, statt dessen aber *Amores* lernten, was uns ein freilich nicht sicher datierbarer Vers

(2) Es heisst : *sapientes autem illos (dixit), qui mundanis rationibus eruditi sapientes vocantur in saeculo, dum aut siderum speculatores sunt aut mensuris aut numeris aut arti grammaticae student, rhetoricae aut musicae.* Es fehlt aus der Siebenzahl die Dialektik.

(3) *Taceo de Grammaticis Rhetoribus Philosophis Geometris Dialecticis Musicis Astronomis Astrologis Medicis, quorum scientia mortalibus vel utilissima est, in tres partes scinditur.*

bestätigt : *leges discendum est*; *discit amores* (bei Riese, *Anthol. Lat. II* 23). Ohne allen Zweifel hat es auch einen berufsmässigen, somit durch Lehrer der Rechtswissenschaft erteilten Unterricht gegeben. Hierfür sind dann besonders die Briefe des Symmachus beweisend : denn Seeck (vgl. MM GG Auctt. Antiqq. VI 1 p. CXXVII) hat gewiss Recht, wenn er den *Marinianus, Doctor pervigil*, den nach Symmachus (Epist. 3, 23), welcher ihn zur Weinernte einladet, die *Eruditio* der *Scaevola, Eruditio Scaevolarum*, und die Unterweisung der Rabulisten des Forum — *Forenses rabulae* — an die Stadt fesselt, einen Rechtslehrer sein lässt : *tenet te eruditio Scaevolarum, dum forenses rabulas pervigil doctor instituis.* Wenn aber Symmachus in einem anderen etwa ums Jahr 400 geschriebenen Briefe (5, 74) dem Adressaten zwei Jünglinge mit den Worten empfiehlt, ihr Lehrer schreibe ihnen eine für jegliche Betätigung im gerichtlichen oder forensischen Berufe völlig geeignete Kunde des Rechts, *Scientia iuris*, zu (4), so liegt die Annahme nahe, dass der Praeceptor die *Scientia iuris* den Schülern, denen er sie nachrühmt, selbst beigebracht hat : heisst der Lehrer bei Symmachus ein *Nescius gratificationis*, so wird das nicht besagen, dass er hierfür kein Honorar empfangen hat, sondern dass er ausser Stande ist, lediglich aus Gefälligkeit ein günstiges Urteil über seine Zöglinge auszusprechen. Die Vatikanischen Fragmente (150) haben uns ferner auch einen Text aus Ulpian erhalten, der den Geometern und den Lehrern des *Ius civile* ein Exkusationsrecht mit Bezug auf die Tutel abspricht : Rechtsunterricht muss dann unter den Verhältnissen, in denen die ins vierte Jahrhundert und jedenfalls vor die Abfassung des *Codex Theodosianus* fallende Sammlung Weströmischer Herkunft entstand, aktuell gewesen sein. Wer wird dann nicht gleich an eine Schule in Rom denken ? Dahin mag auch die Tätigkeit jenes Marinianus fallen und jedenfalls berichtet Augustin aus dem letzten Viertel des vierten Jahrhunderts in den Konfessionen (6, 8), dass sein Gefährte Alypius nach Rom gegangen sei, um Jus zu studieren. Ums Jahr 400 wird auch der spätere Bischof von Auxerre, der Heilige Germanus († 448), in Rom dem Studium

(4) Es heisst : *quorum mihi praeceptor vir prudens et nescius gratificationis adseruit, esse in illis scientiam iuris idoneam nimis in omnes usus iudiciarii et forensis officii.*

der Rechtswissenschaft obgelegen haben : von Jugend auf in den *Artes liberales* unterrichtet, war er zur Vervollständigung der in den Auditorien Galliens erworbenen Gelehrsamkeit in die Hauptstadt gezogen und schulte sich damit für die weltliche Laufbahn, die ihm zunächst beschieden war (5). So erzählt der Presbiter Constantinus in der etwa ein Menschenalter nach dem Tode des Heiligen abgefassten Lebensbeschreibung (Acta Sanctorum Juli VII 2125 sqq.) (6). Ein weiterer Text der Vatikanischen Fragmente, aus Ulpians Schrift *De officio praetoris tutelaris* (204), lässt sich füglich mit Mommsen dahin ergänzen, dass, wer sich Studienhalber, insbesondere zum Zwecke des Rechtsstudiums, gerade in Rom aufhält, das genannte Exkusationsrecht geniesst (7). Reichlich wollen die Nachrichten über den Unterricht in der Hauptstadt nicht fliessen. *Gothofredus* meint freilich im Kommentare zum *Codex Theodosianus* (14, 9, 1), die beiden Jünglinge, deren Rechtskenntnis der Lehrer bei Symmachus (Epist. 5, 74) so beredt zu rühmen weiss, hätten in Rom die Rechte studiert, ja sogar wären von auswärts nach Rom studieren gekommen. Noch weniger darf man sich für das Studium in Rom auf das Gedicht des Rutilius Namatianus unter dem Namen *De reditu suo* (1, 205–207) vom Jahre 416 berufen. Da erzählt der Dichter in seiner der Heimfahrt des Verfassers von Rom nach Gallien gewidmeten Schilderung, wie er unterwegs einem Jüngling begegnet, dessen Wege sich mit

(5) *Atque ut in eum perfectio litterarum plena confluerel, post auditoria Gallicana, intra urbem Romam iuris scientiam plenitudini perfectionis adiecit. Deinde tribunalia praefecturae, professioni advocationis ornavit.. Quem quidem togae praeconiis praeminentem, protinus respublica ad honorum praesumpsit insignia; Ducatus culmen, et regimen per provincias conferendo.. Parabatur eloquentia praedicationibus ; iuris doctrina iustitiae u. s. w.*

(6) Ueber Autorschaft und Abfassungszeit der ursprünglichen, die in Note 5 aufgeführten Sätze bereits überliefernden *Vita Germani*, für deren Verfasser Constantinus gelten kann, vgl. die Abhandlung von W. Levison, *Neues Archiv d. Gesellsch. f. ält. d. Geschichtsforsch.* XXIX 142 u. 117.

(7) Es heisst : *proinde qui studiorum causa Romae sunt praecipue civilium, debent excusari, quamdiu iuris causa Romae agunt, et ita* (etwa sechszehn unlesbare Buchstaben) *imperator Antoninus Augustus Cereali a censibus et aliis rescripsit.* Die Worte *Excusari quamdiu iuris* beruhen freilich auf einer Konjektur Mommsens (Coll. librr. iur. antejust. III 66), da nach einer entsprechenden Lücke lediglich die Buchstabengruppe *ris* zu lesen ist.

den seinen kreuzen: *facundus iuvenis Gallorum nuper ab arvis | missus Romani discere iura fori.* Der Jüngling geht somit von den Gefilden Galliens Studienhalber nach Rom, will aber in Rom nicht sowohl *Romanum ius* oder *Romana iura* für das *Forum*, sondern die *Iura Romani fori* lernen. Das wird dann heissen, dass es ihm um die Aneignung der Regeln des Römischen *Forum* oder, mit anderen Worten, um die Römische Beredsamkeit zu thun ist. In solcher Absicht wurde auch *Rusticus*, wie Hieronymus (Epist. 95; a. a. O. IV 771) erzählt, von der guten Mutter, die die grossen Kosten nicht scheute, aus Gallien nach Rom geschickt: der Fülle und dem Glanze Gallischer Beredsamkeit sollte sich die Römische Gravität paaren (8). Und so möge man auch sonst gut prüfen, ehe man sich zu der Aussage entschliesst, dass weitere Daten für das Studium der Rechte in Rom zur Verfügung stehen (9). Erst viel später finden wir in unseren Quellen den juristischen Dozenten der Stadt Rom, neben dem Grammaticus und Orator, wieder, bei Kassiodor in dem Schreiben des Athalarich an den Senat (Varr. 9, 21) unter dem Namen eines *Juris expositor*, in der *Constitutio pragmatica Pro petitione Vigilii* (c. 22) als *Jurisperitus* (10). Aber auch ausserhalb Roms hat es Rechtslehrer gegeben: denn Modestinus, dessen schriftstellerische Tätigkeit sich den Zeitläuften nähert, die hier in Frage kommen, unterscheidet die Rechtslehrer, die Νόμων διδάσκαλοι, in der Provinz von den Lehrern in Rom (ἐν Ῥώμῃ διδάσκοντες) (D. 27, 1, 6, 12). Dass das Recht dieser Periode die Verhältnisse der juristischen Professoren geregelt hat, lässt sich nicht nachweisen. Schon in der früheren Kaiserzeit hatten die Lehrer der Rhetorik, der Grammatik

(8) *Te (mater).. post studia Galliarum misit Romam, non parcens sumptibus, ut ubertatem Gallici nitoremque sermonis gravitas Romana condiret.*

(9) Die hierfür von KUHN, *Die städt. u. bürg. Verfassung d. Röm. Reichs bis auf die Zeiten Justinians I* 103 *Note* 747, angeführten Texte aus Libanius (ed. Reiske, Vita I 133, 16; Oratt. II 537, 11 ff. u. 585, 9 ff.) sind nicht beweisend. Ebensowenig sagt, wie mir scheint, der Schriftsteller in seiner Rede Πρὸς Εὐμόλπιον, wie Hitzig, a. d. S. 300 a. O. S. 76, annimmt, dass der von Eumolpius für seinen Bruder auserwählte Assessor Hermeas, der in Rom gewesen war, hier die Rechtsschule besucht hat.

(10) *Annonam etiam, quam et Theodericus dare solitus erat et nos etiam Romanis indulsimus, in posterum etiam dari praecipimus, sicut etiam annonas, quae grammaticis ac oratoribus vel etiam medicis vel iurisperitis antea dari solitum erat, et in posterum suam professionem scilicet exercentibus erogari praecipimus, quatenus iuvenes liberalibus studiis eruditi per nostram rem publicam floreant.*

und der Philosophie in den Gemeinden Immunität von der Bekleidung der Aemter und von Vermögens-und persönlichen Lasten genossen (11) : die Rechtslehrer besassen lediglich das Privileg der Befreiung von dem Tutorenamte, aber auch dieses nur, wie Modestin in dem soeben genannten Texte angiebt, die Rechtslehrer in Rom ; wenn es Ulpian an der oben erwähnten Stelle den Dozenten des Jus civile abspricht, mag er provinziale Verhältnisse im Auge haben, da es nicht wahrscheinlich ist, dass sich erst nach Ulpian der von Modestin gemeldete Sachverhalt ergeben haben wird oder gar der unter dem Namen Modestins überlieferte Text erst von Seiten Justinians seine heutige Gestalt erhalten hat. Kaiserliche Verfügungen bestätigten die Immunitäten oder setzten andere Vergünstigungen für Dozenten fest. Eine Konstitution Konstantins vom Jahre 321/4 spricht von den Grammatikern und sonstigen *Professores litterarum* (C. Th. 13, 3, 1), eine weitere vom Jahre 333 von den *Professores litterarum* und ihren liberalen Studien (C. Th. eod. t.,3), ein Gesetz Valentinian II vom Jahre 370 (?) von den *Magistri urbis Romae* (C. Th. eod. t., 10), vom Jahre 376 von Rhetoren und Grammatikern (C. Th. eod. t., 11), wie auch zwei Konstitutionen Theodosius II vom Jahre 414 die Verhältnisse von Grammatikern Rhetoren und Philosophen, bez. der Professoren der *Artes liberales* regeln (C. Th. eod. t., 16 u. 17), aber von den Rechtslehrern nichts zu melden wissen. Und wenn die Kaiser hier unter Anderem auch die Besoldungsverhältnisse normieren (C. Th. 13, 3, 1 u. 11), so fehlt es mit Bezug auf die Rechtslehrer an einer solchen Bestimmung gleichfalls. Zu weit geht man indessen wohl nicht, wenn man annimmt, dass das Gesetz Valentinian II vom Jahre 370 auch für die Studenten der Rechte Geltung gehabt hat (C. Th. 14, 9, 1). Es enthält Vorschriften über die Verhältnisse der Studierenden in den beiden Hauptstädten, über ihre Zulassung, bez. Einschreibung bei der Fakultät auf Grund eines vom Statthalter der Heimatsprovinz ausgestellten Abmeldescheins, über ihre Beaufsichtigung in Führung und Studium, das Verbot von häufigem Schauspielbesuch und von Schmausereien und die Statthaftigkeit disziplinarischer Massregelung mittels Züchtigung oder Verschickung in die Heimat eingeschlossen. Ueber das zwanzigste Lebensjahr

(11) Vgl. hierzu insbesondere Kuhn, a. a. O., I 83, 87, 104–122.

hinaus sollte Niemand Studienhalber in Rom geduldet werden. Man sieht nach alledem schliesslich, wie dürftig unsere Nachrichten über das Studium der Rechte im Gebiete des Römischen Westens beschaffen sind. Hierzu liefern dann auch die Kodifikationen kein Material. Das Westgothisch-römische Gesetzbuch hat die auf den Rechtsunterricht in Konstantinopel bezüglichen Konstitutionen (C. Th. 14, 9, 3 u. C. Th. 6, 21, 1) nicht aufgenommen. Die Interpretation zu einer Konstitution des Alexander Severus im Codex Gregorianus (9, 1), die von einem Studienhalber in Rom weilenden Haussohne handelt, spricht von einem *Studium litterarum*, was vom Studium der Rechte, woran der Kaiser gedacht haben könnte, abführt ; andererseits dürfte, wenn die Interpretation den Haussohn *In peregrinis* sterben lässt, recht wohl an Rom gedacht sein, das der Gallier Studienhalber aufzusuchen pflegte. Studienhalber wird nach einem Texte des Paulus im Breviarauszug (3, 9, 36) ein Sklave von seinem Herrn aus einem Grundstück anderswohin versetzt; die Interpretation schreibt *Discendi artificii causa* statt *Studendi gratia*, worin doch ohne jeden Zweifel eine andere Nuance gelegen ist.

4. Was die Tätigkeiten anlangt, die als juristische in Betracht kommen, so ist sich die Zeit des Umstandes wohl bewusst, dass auch die gesetzgeberische und richterliche Tätigkeit hierzu gehört. Merkwürdig ist in dieser Hinsicht eine Aeusserung in Firmicus Maternus *Matheseos libri*, welche Schrift zwischen 334 und 337 abgefasst ist. Sie lautet folgendermassen (3, 4, 4): *Jovis decreta per singulas coeli stationes. 4 In quarto loco Jupiter ab horosc, per diem partialiter constitutus, id est in MC maximos facit viros iuridicos, vel legum latores aut legum interpretes ac iuris peritos.* Ich nehme *Legumlator* im eigentlichen Sinne und *Legum interpres* in der Bedeutung des Richters: von dem *Iuris peritus* wird sofort die Rede sein. Das Wort *Iuridicus* bezeichnet dann denjenigen, der einem der verschiedenen juristischen Geschäfte, deren Betrieb den *Legum lator* oder *Legum interpres* oder *Iurisperitus* ausmacht, obliegt. Auch in den frühmittelalterlichen Glossaren, die sicherlich auf ältere Quellen, und vermutlich Quellen unseres Zeitalters, zurückgehen, bezeichnet das Wort neben dem *Legis peritus* den *Legislator* (12). Was letzteren anlangt, so kommt

(12) Die Texte sind in dem von mir aus frühmittelalterlichen Sammlungen hergestellten

insbesondere der *Quæstor sacri palatii* in Betracht, der den Kaiser aber auch in richterlicher Funktion vertritt. Er ist, nach Symmachus (Epist. 1, 23), ebensosehr *Precum arbiter* wie *Arbiter legum*, nach Kassiodor in den Varien gleichsam Assessor des Kaisers (6, 5) und vom Standpunkte des Kaisers *Consilii nostri princeps* (5, 4), ebensosehr *Legum interpres* (5, 4) und *Legum custos* (8, 14) wie *Vox legum* (8, 13). So ist für Kassiodor diese Quæstur geradezu das Amt des *Iuridicus quaestor* (1, 13), wird von ihm für seine Bekleidung sogar *Legum peritia* (5, 4) und *Scientia iuris* (6, 5) erfordert, wie er das Amt auch als *Armarium legum* (6, 5) bezeichnet und dem *Legum peritus*, dem *Legum eruditione maturus* zu Teil werden lässt (8, 18; 9, 24). *Legum notitia* verlangt der Schriftsteller auch für den von den Parteien erwählten Schiedsrichter (4, 12). Von der Tätigkeit des *Legum lator* und *Legum interpres* lässt sich dann die juristische Tätigkeit im eigentlichen Sinne des Wortes unterscheiden, das will sagen, diejenige, die im berufsmässigen Betrieb geschieht und daher vorzugsweise in den Händen des studierten Juristen, des Rechtskundigen, des Juristen in der engeren Bedeutung des Wortes liegt. Was, wie heutzutage, nicht ausschliesst, dass auch *Iurisperiti imperiti* vorkommen : ein solcher ist, sagt Augustin (*Enarr. in Psalm.* 145, 4; a.a.O. IIII 1212), immer noch mehr wert als ein perfekter Schuster(13). Schliesst das Wort *Iuridicus* den Rechtsgelehrten ein, so brauchte dies den Verfasser der *Consultatio* nicht zu hindern, den juristischen Schriftsteller Paulus nicht als den Juristen Paulus, sondern als *Paulus iuridicus* und *Auctor iuridicus* zu bezeichnen (7, 3 et u. 7), zumal wo es ihm darum zu thun gewesen sein wird, ihn nicht sowohl als den Juristen als vielmehr als den juristischen *Paulus* zu charakterisieren, das will sagen, zum Unterschied von dem Apostel Paulus, *Paulus Apostolus*, dem *Paulus noster*, wie Hieronymus den Apostel

Glossare zusammengestellt (vg. *Epitome Exactis regibus*, p. 194). Neben dem *Legis peritus* und *Legis lator* wird dann noch der *Scolasticus* und *Causidicus* genannt. *Scolasticus* bezeichnet zunächst den Studierten überhaupt und wird hernach, in verschiedenem Sinne, für den Studierten eines besonderen Fachs verwendet. Eine etymologische Ableitung des Wortes *Iuridicus* (*I. quia legum iura dicit*) giebt Isidor in den Etymologien (10, 125) (*Opp.* [ed. Areval.] III 476.)

(13) *In artibus dicis optimum sutorem, verbi gratia, et reprehendis aliquem iurisperitum, quod multas leges ignoret ; sutorem laudasti, iurisperitum reprehendisti : ex his tamen duobus quaere quis sit melior, imperitus iurisperitus perfecto sutori praeponitur.*

einmal im Gegensatze zu der Spitze der Juristen, freilich hier nicht zu dem Juristen Paulus, sondern zu Papinian bezeichnet (*Ep.* 84 *ad Ocean. De morte Fab.*; a. a. O. IV, 2, 658): *aliae sunt leges Caesarum, aliae Christi. aliud Papinianus, aliud Paulus noster praecipit.* Mochte ja doch der Name des Apostels dem Autor der *Consultatio*, der auch für sein sehr bescheidenes Opus Gottes Namen ausdrücklich für sich in Anspruch nimmt (4, 1 *In nomine dei quid tractari aut observari debeat*; 5, 1 *In dei nomine quid tractari debeat*; 6, 1 *Juvante deo quid tractari debeat*), geläufiger sein als der Name des Juristen. Ebenso spricht Isidor in den Etymologien (5, 24, 3) bei der Bezugnahme auf einen Sentenzentext (5, 7, 1) nicht sowohl von einem Juristen — *Jurisperitus* — Paulus, als vielmehr von dem juristischen Paulus — *Paulus iuridicus* —, während er an einer anderen Stelle (10, 258) den Inhalt des gleichen Textes den Aeusserungen der Rechtskundigen — *verba iurisperitorum* — zuschreibt. In den Varien Kassiódors wird dann das Wort geradezu im Sinne des Juristen, bez. eines juristischen Autors gebraucht: *saties generalitatis votum iuridicorum sequendo iudicium* (10, 6),.. *patriciatus quidam iuridicorum a patribus dictum esse voluerunt* (6, 2). Der gebräuchliche Ausdruck für den Juristen ist, wie bereits bemerkt wurde, *Iurisperitus*, ingleichen *Iurisconsultus*. Die Interpretation zum Breviar spricht statt dessen von *Iurisconsultor — ex his omnibus iuris consultoribus.. elegimus* (C. Th. 1, 4, 1) u. *diversi iurisconsultores de aliquibus rebus perpetuam fecerant actionem* (Nov. Val. 12, 1 zu § 12) —, die *Consultatio* wohl von *Consultor* schlechthin. (7ª, 5 *Hoc et consultorum iura declarant.*) So setzen z. B. die oben genannten Glossare den Jurisconsultus und Jurisperitus gleich und verdollmetschen beide Worte mit *Legis doctor* (14), was hier doch gewiss den Rechtsgelehrten bezeichnen wird. In diesem Sinne spricht auch Kassiodor in den Varien von *Legum peritus*, in der Verbindung, dass es Aufgabe der Gerechtigkeit sei, gesetzeskundige Personen zu Richtern einzusetzen (8, 18 *Professionem constat esse iustitiae legum peritos iudices ordinare*). Dass übrigens in der Verbindung *Legis doctor* das Wort *Lex* auch im Sinne des göttlichen Gesetzes gebraucht wird, z. B. im Pseudo-Isidor (Ep. Clemens I 28 und Telesph. I 3), ist bekannt; doch wird auch dem Ausdruck *Legis peritus* schon in der Vulgata, z.B. Ev.

(14) Vgl. a. d. Note 12 a. O. S. 194.

Lucæ 11,45 u. 46 und Pauli Epp. ad Titum 3, 13, das Wort *Lex* nicht im Sinne des weltlichen Rechts, sondern im biblischen Verständnis, bez. als das mosaische Gesetz, als Νόμος genommen (15), so dass es den Schriftgelehrten bezeichnet, so auch z. B. bei Augustin (*in Joh. ev. Tract.* VII 1 [a. a. O. III²254] u. *De Gestis Pelagii*, 1, 3 ; [a. a. O. X 130), in welchem Sinne dann auch der Apostel Paulus ein *Legis peritus*, bez., wie Chrysostomos es ausdrückt (*In Epist. ad Cor. Homil.* 7, 3 [a. a. O. X 54]). Νομομάχης ist. Auf einen Jurisconsultus hat es ein Epigramm des Ausonius (91) gemünzt. Als Jurisconsulti redet der Autor der *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* seine Leser in den folgenden Worten an : *quod si duodecim tabularum nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem si se audeat telo defendere, interfici iubent, scitote, iuris consulti, quia Moyses prius hoc statuit.* (7, 1, 1). Von Hieronymus berichtet eine den frühesten Jahrhunderten des Mittelalters angehörige Vita des Hieronymus, die erstmals von Mabillon (*Vett. Anall.* IV 194-196) veröffentlicht worden ist, das Folgende : *ad iuris quoque consultos singularem sonantemque edidit librum.* Der Vorschlag eines Schriftstellers (16), in eben jener *Collatio*, die, wie erwähnt wurde, die *Iurisconsulti* peroriert, die dem Hieronymus zugeschriebene Schrift *Ad iurisconsultos* zu erblicken, darf, wie mir scheint, doch nicht für ganz abenteuerlich gelten. Die Charakterisierung der Schrift des Hieronymus als *Liber singularis sonansque* darf einen der Sprache der Zeit Kundigen nicht irre machen. Einem Autor von der Geistesrichtung des Kirchenvaters ist das Unternehmen einer Vergleichung des Mosaischen und des Römischen Rechts wohl zuzutrauen, zumal ja Hieronymus, wie schon obige Ausführungen bezeugen können, juristisch nicht uninteressiert war, und soviel ist sicher, dass die *Collatio* in Hinsicht auf Ort und Zeit der Abfassung wohl als ein Werk des Hieronymus gelten darf, da sie im Osten und zwischen 390 und 438 entstanden ist, und der Kirchenvater vom Jahr 386 bis zu seinem Tode († 420) in Bethlehem sich aufhielt.

5. Die Geschäfte, in denen sich der Jurist betätigte, sind mannigfach. Es mag dabei an dieser Stelle von der Lehrtätigkeit abgesehen

(15) Der Νομικὸς ist der der jüdischen Gesetze Kundige, sagt Chrysostomos, *In Epist. ad Titum* 3, *Homil.* 6, 1 (Opp. [1718] XI 766).

(16) Vgl. *Hermes*, XXXV 344-347.

werden. Auch die Assessur kann für ein juristisches Amt gelten : indessen hat hierüber neuerdings (1893) H. F. Hitzig so tüchtige und reiche Erörterungen (*Die Assessoren der Römischen Magistrate und Richter*), speziell auch in ihrem Verhältnis zur Jurisprudenz (S.70-82), veröffentlicht, dass kaum eine Nachlese übrig geblieben ist. Dass der juristische Autor Jurisconsultus ist, liegt auf der Hand : in diesem Sinne wird der Ausdruck in kaiserlichen Konstitutionem dieser Zeit (C. Th. 1, 2, 10 ; C. Th. 4, 4, 3, 3) gebraucht. Juristen sind aber dann, ja zuallernächst diejenigen, die sich berufsmässig und in Wahrnehmung der Interessen ihrer Klienten um juristischen Rat angehen lassen, somit die juristischen Geschäftsleute, die *Iurisperiti* (*iurisperitorum*) *qui negotiales causas agunt*, wie der Scholiast des Juvenal (VII 123) das Textwort *Pragmaticus* glossiert. Somit wird dann auch der Ausdruck *Pragmaticus* in diesem Sinne verwendet worden sein, wie auch eine Ausführung Ulpians in seiner Schrift *De officio proconsulis* verrät (D. 48, 19, 9, 4) : denn heisst es hier *Solet autem ita vel iuris studiosis interdici* (*foro i.*) *vel advocatis vel tabellionibus sive pragmaticis*, so scheint unter den Geschäftsleuten, die die forensischen Geschäfte (*Forensia negotia*) auf das *Forum* rufen, neben dem *Iuris studiosus*, das ist dem Assessor, und dem Advokaten, sowie dem *Tabellio*, für den *Pragmaticus* kaum etwas Anderes als die bezeichnete Tätigkeit übrig zu bleiben (17). Als Geschäftsmann unterscheidet er sich von dem ehemaligen *Iurisconsultus*, indem dieser, wurde er auch berufsmässig von dem Publikum um Rat befragt, nicht in seinen Dienst zu treten gesonnen war : ihn mag der Ambrosiaster in seinem Kommentar zum ersten Korintherbrief (a. a. O. VII 45) bei den Worten im Auge haben, dass der Tag des Herrn, an dem er die Welt richten wird, festgesetzt ist, wie ehedem Jurisconsulti oder Pontifices bestimmte Tage als Gerichtstage festgesetzt haben. Als Berater dient er der Partei insbesondere, um sie gegen nachteilige Folgen eines abzuschliessenden Geschäftes zu sichern. Was Chrysostomos (a. a. O. III 212) erzählt, gilt gewiss auch für den Westen : wer zu heiraten vorhabe, befrage die Jurisperiti über das eheliche Güterrecht, um auf jede Weise zu verhindern, dass Etwas

(17) In den Basiliken (60, 51, 9) werden die Schlussworte mit Νομικοῖς καὶ γραμματικοῖς wiedergegeben, wobei unter dem Γραμματικὸς doch wohl der *Tabellio* zu verstehen ist, und unter dem Νομικὸς der *Pragmaticus*.

aus dem Vermögen der Frau an ihre Agnaten heimfalle. Und gewiss denkt Ambrosius in seiner Erörterung zu Psalm 118 (a. a. O. III 372), an die Befragung des Juristen, wenn er bemerkt, dass, wer ein Grundstück kaufen, ein Haus erstehen wolle, sich an den Gelehrten, den *Prudentior*, wie er sich ausdrückt, wendet und, was Rechtens sei, genau erwägt und sich selbst nicht traut, um sich vor Täuschung zu schützen. Natürlich dass unter solchen Umständen der Jurist auch gleich mit der Abfassung der Geschäftsurkunden betraut werden konnte. Der Zuziehung des Jurisperitus bei der Errichtung von Testamenten gedenken Augustin (*Serm.* XLVII, *De ovibus*, in Ezech. 34 sub N. 21; a. a. O. V 184) und Ammianus Marcellinus (28, 4). Es heisst bei Augustin an der zuerst genannten Stelle : *quot iurisperitos consulis, quantas fraudes ut stet testamentum tuum contra ipsas leges imperatoris, inquiris.* Bei Symmachus (Epist. 6, 74) handelt es sich um einen Konsult in Sachen einer Transactio : er empfiehlt, wie er schreibt *Ob inania fori et sutelas veterum formularum*, den Prosdocius anzugehen, der somit sicherlich ein Jurist gewesen ist. Aus Augustin ergiebt sich noch, dass den Jurisperiti von der Partei die *Compositio precum*, d. i. die Abfassung von Eingaben an den Kaiser aufgetragen wird : in dem Sinne eines, der bei der *Compositio precum* hilft — *Preces* hier in der Bedeutung des Gebets—, wird dann Christus von Augustin als Jurist, *Iurisperitus*, hingestellt (*In Joann Evang.* c. 1 *Tract.* VII 10 u. 11; a. a. O. III[1] 252; ferner *Ennarr. in Psalm.* 129, 2 u. 142, 6; a. a. O. IIII 1088 u. 1188) (18). In der Abfassung von Eingaben berührt sich dann das Geschäft des Jurisconsultus mit der Tätigkeit des Tabellio. Dennoch ist der Tabellio mit dem Juristen, bez. dem Pragmaticus, nicht identisch, wie Voigt (*Römische Rechtsgeschichte* II 198) meinte, unter dem Einfluss der irrigen Annahme, mit den Worten Ulpians, die oben S. 300 zitiert worden sind, *Tabellionibus sive pragmaticis*, würde das eine dem anderen gleichgesetzt. Tabellio ist vielmehr derjenige, der aus der Abfassung von Urkunden ein Gewerbe macht. (vgl. z. B. Constantinus C. J. 9. 19, 1. Leo C. J. 11, 54, 1 pr. u. C. J. 4, 42, 2 pr. Justinianus C. J. 4, 21, 17 pr.; C. J. 1, 2, 14, 6; C. J. 6, 23, 4. Firmicus

(18) Es heisst an der ersten Stelle : *iuris perite noster, assessor, imo consessor Dei, compone nobis preces. Jurisperitus* heisst dann hier Christus, wie ich annehme, nicht als Assessor, sondern als *Iurisconsultus.*

Maternus a. a. O. 4, 5 u. 8, 28.) Er durfte dann freilich nicht ohne dasjenige Mass von Rechtskenntnis sein, das die Wahrnehmung seines Geschäftes erforderte, wie es auch heute bei dem Notar der Fall ist, in Ländern, wo das Notariat nicht mit der Advokatur verbunden ist. Diese Rechtskenntnis wird sich aber überwiegend auf die Formalien beschränkt haben : die Partei, der damit nicht gedient war, wird den Jurisconsultus haben befragen müssen. So werden denn auch die Tabellionen in guten Quellen nirgends Juristen genannt (19). Als Berater dient der Jurist aber auch der im Rechtsstreite befindlichen Partei, und zwar insbesondere es sei behufs Vorbereitung, es sei bei der Führung eines Prozesses. Behufs Vorbereitung : sehr deutlich tritt diese Tätigkeit in der Schrift Augustins *De quantitate animae* an der Stelle, wo er sich mit einem Jurisconsultus vergleicht, zu Tage (c. 57) : *ego te privatim quasi adhibitus iurisconsultus, instruendi causa refellere volui, ut cum ad iudicium ventum fuerit, paratus adsistas* (a. a. O. I 318). Die Bemühung des Jurisconsultus konnte dann auch in Abfassung eines Traktats bestehen, der sich über eine hinsichtlich der Prozessführung gestellte Anfrage ausspricht. Der Jurist ist dann bei der Prozessführung selbst nicht beteiligt : *non tamen qui pro tractatu, non adfuturi causis, accipere quid solent, advocatorum numero sunt*, sagt Ulpian (D. 50, 13, 1, 11). Ein Traktat in diesem Sinne, der auch als solcher bezeichnet ist (7ª, 5 *Hoc et consultorum iura declarant, quae necessarium tractatui nostro non duximus adhiberi*; 8, 1 *tractatus nostri pagina*), ist die als *Consultatio* bekannte Schrift : denn überwiegend giebt der Autor hier Rat und Ansicht, sein *Responsum* (2, 2 *ad haec verba ex legum constitutione respondi*), über Punkte, hinsichtlich derer sein Gutachten eingeholt worden ist :

(19) Wohl schreibt Suidas (und danach die *Glossae nomicae*): ταβελλίων ὁ τὰ τῆς πόλεως γράφων συμβόλαια, ὁ παρὰ τοῖς πολλοῖς νομικὸς λεγόμενος. Indessen scheinen mir die Worte ὁ τὰ τῆς πόλεως γράφων συμβόλαια weniger gut auf den *Tabellio* als auf den *Tabularius civitatis* (vgl. Gothofredus ad C. Th. 8, 2, 1) sich zu beziehen, wie ja beide im späteren Byzanz ineinander aufgingen. Freilich waren auch die Funktionen des Tabularius, des städtischen Archivars, nicht derart, dass der Verwalter des Amtes als Jurist bezeichnet werden konnte. Man möchte meinen, dass Suidas, bez. seine Quelle, die im Texte genannte Stelle Ulpians in gleichem Sinne wie Voigt (a. a. O.) verstanden, bez. missverstanden hat. Vgl. im Allgemeinen Gothofredus zu C. Th. 8, 2, 1 u. 12, 1, 3 ; v. Bethmann-Hollweg, *Der Civilprocess d. gem. Rechts* III 168 ff.

zuweilen ist es freilich ein gedachter Rechtsfall (c. 5 u. 6) oder eine Rechtsfrage (c. 4), die der Jurist beantworten soll. Der respondierende Jurist ist kein Advokat, bemerkt Ulpian in den zitierten Worten : ihnen geht eine Aeusserung voraus, die das Wesen der Advokatur positiv charakterisiert, *advocatos accipere debere omnes omnino, qui causis agendis quoquo studio operantur*. Danach ist Advokat ein jeder, der sich bei der Prozessführung im Interesse der Partei mit irgend welcher Bemühung beteiligt. Mit anderen Worten : der Advokat ist Beistand der Prozesspartei, *Advocatus reo dicitur adesse* (Donatus *ad Terent. Andria Prol.* 24) Im Sinne des Beistandes wird dann Christus auch als Advokat der Menschen bezeichnet, als Advokat und Judex bei Augustin (*Sermo* 213, 5; a. a. O. V 655) und bei Ambrosius (*Expos. Ev. sec. Lucam* 5, 42; a.a. O. IV 106); bei Novatianus (*De Trin. lib.* p. 106, 107, 111; ed. Oxon. 1724) wird der Paraklet des Johannesevangeliums (14, 16 u. 26; 15, 26; 16, 7) Advokat und Tutor der Menschen (*Pupilli*) genannt. Häufig war es dann ein Jurist, der das Geschäft des Advokaten besorgte. Es schliesst nicht notwendig das Auftreten vor Gericht, das *Causam agere* oder *Causam dicere*, die Tätigkeit des *Causidicus*, die *Causidicina*, ein, sodass der *Causidicus* den Beruf des Rechtsbeistandes nur von der einen, der forensischen Seite im engsten Sinne — *fora causidicum sollicitant* (Ennodius *Carmen* III; ed. Vogel [MM GG Auctt. Antiqq. VII 6]) darstellt. Der Jurist, der daneben als Advokat auftrat, begnügte sich dann mit einer dem rechtsunkundigen *Causidicus* gewährten Stütze. Immerhin wird doch auch dann der Beistand von Seiten des Juristen regelmässig ein *Adesse in iudicio* im körperlichen Sinne gewesen sein. Der etwa dem fünften Jahrhundert angehörige Scholiast zu den Verrinen (Pseudo-Asconius) verwendet sogar den Ausdruck *Advocatus* lediglich für den juristischen Beistand, für den *Causidicus* — den *Orator*, wie er sich ausdrückt — hingegen das Wort *Patronus* : Vertreter des Absens ist ihm ein Prokurator, des Praesens ein Cognitor, was an die Definitionen dieser Worte in der Interpretation des Breviars (C. Th. 2, 12, 7) anklingt (ed. Orelli M. T. Ciceronis Opp. V, II 104) (20). Den Advokaten und den Orator

(20) *Qui defendit alterum in iudicio aut patronus dicitur, si orator est ; aut advocatus, si aut ius suggerit aut praesentiam suam commodat amico, aut procurator, si (absentis) negotium suscipit ; aut cognitor, si praesentis causam novit et sic tuetur ut suam.*

unterscheidet auch Diokletians Edikt *De pretiis rerum*, in verschiedenen Preisansätzen für ihr Honorar, indessen in anderem Sinne als der genannte Scholiast : denn der *Orator sive sophista* ist hier nicht der *Causidicus*, sondern der Schulmeister in der Rhetorik (*Oratori sive sufistae in singulis discipulis menstruos X ducentos*). Sich anschliessend, indessen hiervon getrennt, wird dem Advokaten—und daneben dem Jurisperitus—ein höheres Honorar zugebilligt (*Advocato sive iuris perito mercedis in postulatione X ducentos quinquaginta | In cognitione X mille*) : es mag der Prozessbeistand im allgemeinen Sinne und der ihm angereihte Jurisperitus, der in anderer als in der Funktion eines Advokaten auftretende Jurist sein. Ganz deutlich zeigt sich die Doppeltheit des Prozessbeistandes, des Rechtsgelehrten einerseits und des Causidicus andererseits, in einer Novelle Valentinian III v. Jahr 452 (35 [ed. P. M. Meyer]), die in das Breviar (12, 1) übergegangen ist. Sie verordnet, dass die Kleriker sich an das Forum des Verklagten halten müssen, es sei denn, dass der Gegner bereit ist, vor dem Bischof Recht zu nehmen, und setzt gegen die im Streit mit dieser Vorschrift *In extraordinario iudicio* auftretenden Sachwalter, *Defensores negotii*, Strafe und zwar verschiedene Strafe für Causidicus und Jurisconsultus (§ 2 *poena defensoribus negotii.. huiusmodi constituta, ut causidicum officii amissio, iurisconsultum existimationis et interdictae civitatis damna percellant*). Schon die Schrift *De mortibus persecutorum* (22, 4) wird den Jurisconsultus in seiner Eigenschaft als Rechtsbeistand im Auge haben, wenn sie diesen und den Causidicus als Opfer der Christenverfolgung bezeichnet und unterscheidet. Dass der als Advokat auftretende Jurist auch die *Causidicina* übernehmen konnte, liegt auf der Hand. Marinianus unterweist, wie Symmachus in der bereits erörterten Stelle (Epist. 3, 23) bemerkt, als Pervigil doctor in der *Eruditio Scaevolarum* die *Forenses rabulæ*, was auf Verwendung des Rechtsstudiums für die Tätigkeit eines Causidicus deutet : wenn aber Symmachus in jenem anderen Briefe (5, 74) den von ihren Lehrern empfohlenen Jünglingen *Scientia iuris* nachrühmt, die sie für jegliche Betätigung im gerichtlichen und forensischen Beruf völlig geeignet sein lässt, so wird unter dem *Officium iudiciarium* das Assessorenamt, unter dem *Officium forense* gewiss die *Causidicina* zu verstehen sein. Eine Schrift zu Ambrosius (*Cant. Cantic. E Script. S. Ambros. coll.* 3, 6; a. a. O. VII 79), die den

Begriff des Forum als *Forum spirituale* für die Verantwortung der Menschen im himmlischen Jerusalem, wo zahllose Interpreten der *Lex divina* und in den freien Künsten Erfahrene weilen (*abundant divinæ legis interpretes et disciplinarum periti*), verwendet, stellt demgegenüber das Forum im eigentlichen Sinne, wo die Juristen disputieren (*periti legis saecularis disputant.. in illo foro, ubi tractant iureconsulti*). Die *Causidicina* ist dann nicht sowohl ein juristischer als vielmehr ein rhetorischer Betrieb. Statt *Causidicus* wird demgemäss auch vom *Orator* gesprochen : Firmicus Maternus (7, 23) in der obengenannten Schrift setzt die Ausdrücke gleich (*Causidicorum seu oratorum genituræ*). So konnte Valentinian III in einer Novelle vom Jahre 442 (2, 2 pr) bei Motivierung der Ehrung der Causidici neben ihrem Wandel lediglich ihrer Beredsamkeit gedenken (*quo enim impares honore credamus eos, quorum vitam et eloquentiam per tot officii huiusce annos non solum privatorum, verum etiam publicorum iudiciorum explorat auctoritas*). So wird mit Bezug auf Persönlichkeiten, die Causidici waren, ihre Beredsamkeit hervorgehoben, z. B. von Sulpicius Severus (um 365-425), von dem es bei Paulinus Nol., Epist. 5, 5, heisst *Tu in fori celebritate diversans et facundi nominis palmam tenens*, von Flavius Severus, von dem Symmachus in der Rede *Pro Flavio Severo* (Opp. ed. Seeck, a. a. O., Oratt. VI) bezeugt *Quis credat summatem facundiæ diu inter fori ornamenta memoratum præsidalem dudum recepisse provinciam.* Bemerkenswert ist in dieser Hinsicht eine Aeusserung in dem *Epithalamium Laurentii* (bei Baehrens, *Poetae Lat. min.* 3, 281), das wohl noch aus dem vierten Jahrhundert stammt : *prorsus habes iuvenis totum, quod Tullius auctor | Causidicos retinere iubet. nam fultus utroque | Vir bonus es nimium fandi pariterque peritus.* Besonders häufig preist Kassiodor den Advokaten um seiner Beredsamkeit willen (*Varr.* 3, 33; 5, 4; 6, 4; 8, 12; 8, 19; 10, 7; 11, 4). Von Personen, die sich als Causidici ausgezeichnet haben, ist nur Ausbildung in den *Liberales diciplinæ*, wozu die Rhetorik gehört, nachweisbar : so insbesondere von Ambrosius, mit Bezug auf den die von Paulinus verfasste *Vita* (4 u. 5) lediglich von dem Studium der *Liberales disciplinae*, andererseits aber von glänzenden Leistungen in der *Causidicina* berichtet (*edoctus liberalibus disciplinis.. professus in auditorio præfecturæ prætorii ita splendide causas peroravit, ut eligeretur a.. Probo, tunc præfecto prætorii, ad consilium tribuendum*).

Das genannte Gesetz Valentinian III vom Jahre 441 (2, 2, 1) enthält dann die Vorschrift, dass, wer als Causidicus aufgenommen werden wolle, sich über Studien ausweisen müsse (*ut in eo, qui se causidicorum numero optat adiungi, inprimis studia requirantur mores natales. Neque enim oportet eos, quos semel adsciveris in seminarium dignitatum, non ita ad omnia esse defaecatos, ut idcirco digni universis honoribus habeantur, quod advocati esse meruerunt*) : werden diese Studien in der Konstitution und den sich anschliessenden Gesetzen des Kaisers des Näheren als Studien in den Litteræ gekennzeichnet (2, 2, 2 u. 4 *Litteræ* und *Litterata militia*; 2, 3, 1 *Studia litterarum*; 2, 4 *Litterariae indolis iuventus*), so darf man es für sicher halten, dass dabei an Rechtsstudien nicht gedacht ist. Man halte demgegenüber, was sich in diesen Zeitläuften im Osten vollzieht : mit Leo (C. J. 2, 7, 11) hebt eine Gesetzgebung an, die für das Auftreten des Rechtsbeistands bei Gericht Rechtskenntnis, *Iuris peritia*, erfordert! Dagegen ist im Westen das Gericht die Schaubühne der Eloquenz, nicht der Jurisprudenz. Die *Causidicina* ist dann aber auch die wesentliche Seite des Advokaturbetriebs : nicht allein weil sie sich auf dem Forum öffentlich geltend macht , sondern auch weil gewiss häufig neben ihr kein Jurisconsultus in Tätigkeit trat, da, wenn der Sachwalter selbst Jurist war, er sich in der Lage befand, sich selbst zu beraten, aber auch der in der Rechtswissenschaft unerfahrene Causidicus im Vertrauen auf seine rhetorische Kunst häufig Abstand nehmen mochte, den Juristen zuzuziehen. Hiermit mag sich erklären, dass weithin der Ausdruck *Advocatus* schlechthin für den Causidicus gebraucht wird, was z. B. in den Novellen Theodosius II (10, 1) und Valentinian III (2, 2-4) der Fall ist . So wird auch in der Interpretation zum Breviar (C. Th. 2, 10, 1 und 9) das in der Vorlage gebrauchte Wort *Advocati* mit den Worten *Causas agentes* oder Entsprechendem wiedergegeben. Der Gegensatz von *Iurisconsultus* und *Causidicus*, der in der Novelle Valentinian III begegnet,ist in die Interpretation zum Breviar (Nov. Val.12, 1) nicht übergegangen : statt von *officii amissio* für den Causidicus und von Interdiktion der Civitas für den Jurisconsultus heisst es, dass die *Defensores causae* von jedem Officium und von der Uebernahme der Sachen ferngehalten werden sollen (*..defensores causæ.., ut ab omni officio et prosecutione causarum habeantur extranei*), was natürlich auf die *Causidici* zu beziehen ist. Man wolle sich übrigens bei alledem den

Gegensatz des Juristen und des *Causidicus* nicht allzu schroff vorstellen. Die Zeitläufte sind doch eine Periode der Blüte der Rhetorik, so dass sich auch der Jurist ihrem Einfluss nicht entziehen konnte. Anderseits aber bestand die *Causidicina* doch nicht bloss in der rednerischen Entfaltung der Causa — ein humoristisch gezeichnetes Bild von den Geschäften des Gallischen Advokaten liefert der *Querolus* (Morceau 17 in ed. L. Havet, p. 219 u. 220) — und war die Causa doch eben eine Rechtssache : auch Dracontius, der im letzten Viertel des fünften Jahrhunderts schrieb, von rhetorischer Vorbildung, die sich in seinen Versen geltend macht, war in dem Berufe eines *Causidicus* in Karthago doch immerhin ein *Inter iura poeta* (*Carmina* 7, 123). Zweifellos wird dann die Unterweisung beim Rhetor, wie von jeher, zur Jurisprudenz starke Bezüge gehabt haben. Ihr Verhältnis mögen Verse des Sulpicius Lupercus Servasius Junior (bei Riese, *Anthol. Lat.* II 103) wiedergeben, die das Studium in der Rhetorik als *Famosa stipendia iurisonae linguae* zeichnen (21). Ausonius berichtet über seine Ausbildung : *nos ad grammaticen studium convertimus et mox | Rhetorices etiam quod satis attigimus.* In den Fächern der Grammatik ist er später dann auch in Bordeaux, seiner Vaterstadt, Professor gewesen. Dass er juristische Studien getrieben hat, wird nirgends berichtet, wie er ja ohne Zweifel niemals ein Jurisconsultus gewesen ist. Dennoch enthalten seine Gedichte starke Beziehungen zur Rechtswissenschaft, die, wenn sie auch nicht mehr als Spielereien sind, am ehesten für Reminiscenzen aus einem Schulunterricht werden gelten können (22). Es sind vor allem Worte aus dem Griphus (26): *ius triplex, tabulæ quod ter sanxere quaternae : | Sacrum, privatum et populi commune quod usquam est. | Interdictorum trinum genus : unde repulsus | Vi fuero aut utrubi fuerit quorumve bonorum. | Triplex libertas capitisque*

(21) Die Worte gehören einem Gedic hte an, das die Verwahrlosung der Studien gegen über der Gier nach dem Erwerb beklagt. Es findet sich im Cod. Leid. Voss. III S. VIII-IX, neben Schriften des Ausonius. Die einschlägigen Verse lauten wie folgt :

Mirum in pulcras artes Romana juventus
Discat et egregio sudet in eloquio,
Ut post iurisonae famosa stipendia linguae
Barbaricae ingeniis anteferantur opes.

(22) Weniger kommt das oben S.299 genannte Epigramm in Betracht (*Juris consulto, cui vivit adultera coniunx, Papia lex placuit, Julia displicuit. | Quaeritis, unde haec sit distantia ? semivir ipse | Scantiniam metuens non metuit Titiam.*

minutio triplex. Man könnte meinen, aus einem Schulstudium, das sich mit den Institutionen des Gaius beschäftigt hat, und die Frage stellen, ob es nicht ein Studium der Art gewesen ist, wie es im Gaius von Autun Gestalt angenommen hat. Orator nennt Sidonius Apollinaris (Epist. 8, 6, 7) auch den Nicetius, dem doch eine nicht unbedeutende juristische Leistung zugeschrieben wird : er hat nämlich zum ersten Mal der *Lex de præscriptione tricennii*— das ist der Novelle 27 Valentinian III (ed. P. M. Meyer)— zur allgemeinen Anerkennung verholfen (*hanc intra Gallias ante nescitam primus, quem loquimur orator indidit prosecutionibus edidit tribunalibus, prodidit partibus addidit titulis, frequente conventu raro sedente paucis sententiis multis laudibus*). So mag es selbst zweifelhaft sein, ob gelegentliche Aussagen, die einer Person Rechtskenntnis nachrühmen, in der That auf eine durch das Studium der *Scientia iuris* erworbene Kenntnis sich beziehen. So, um bei Gallien zu bleiben, wenn Sidonius Apollinaris den Marcellinus einen *Peritus legum* nennt (Epist. 23, 465), oder wenn Bischof Amatus († 632) in einem Epitaph einem Presbyter Felix Rechtskenntnis nachrühmt (23).

6. Ueber den Stand der Rechtskultur im Römischen Reiche liegen für die hier in Betracht kommenden Zeitläufte einige allgemeine Aussagen vor. Claudius Mamertinus verbindet in dem angeführten Panegyricus auf Kaiser Julian mit der Klage über den Rückgang der Wissenschaft des Jus civile, die ehedem die Manlius die Scævola die Servius zur höchsten Staffel der Ehre emporgeführt habe, die Versicherung, dass sich dieser Zustand unter Julian geändert habe (a. a. O. [vgl. S. 290]). Man wird, im Hinblick auf den Anlass und den Zweck der Rede, der Aeusserung des Panegyrikers schwerlich besonderes Gewicht zuschreiben können. Die berühmte Schilderung der Advokaten im Geschichtswerke des Ammianus Marcellinus (30, 4), ein der Erzählung der Ereignisse vom Jahre 374 angereihter Exkurs, bezieht sich ausdrücklich auf den Orient. Der Schriftsteller unterscheidet vier Klassen. Einmal diejenigen, die alle Welt verhetzen, um sich an ihren Prozessen zu bereichern. Dann kommen die Adepten der *Scientia iuris*, die freilich im Streit

(23) Vgl. Le Blant, Inscript. Chrét. de la Gaule. 2, 11 squ. Es heisst von ihm : *laudabilis et sapientiae legis | Consilii magnas dum fœneraris opes | Omnium potens, patiens compescere lites | Et verbis animos pacificare feros.*

der sich bekämpfenden Gesetze dahingeschwunden ist: sie sprechen wie Orakel und rücken, um zu glänzen, jeden Augenblick mit dem Namen eines alten Juristen, Trebatius Cascellius Alfenus, heraus. Die dritte Klasse bilden diejenigen, die durch allerhand Winkelzüge und Kniffe die Sache verschleppen, die vierte endlich das *Genus indoctum* derer, die aus den litterarischen Studien weggelaufen sind, die Codices niemals in der Hand gehabt haben, ein Juristenzitat nicht verstehen und, um einen ganz trivialen und unnützen Text vorzubringen, sich für sieben Audienzen bezahlen lassen. Man könnte meinen, dass es sich im letzten Falle um den Prozessbeistand handelt, der nur für die *Causidicina* ausgebildet ist. Doch betrachtet Ammian das Anbringen der Sache durch einen Advokaten vierter Gattung als etwas Seltenes (*ad defendendam causam admissi, quod raro contingit*), wird man aber auch überhaupt die Schilderung des Autors nicht ohne Weiteres auf den Westen übertragen dürfen. Auf den Osten bezieht sich auch eine Aeusserung Theodosius II bei Einführung seines Codex. Nach dem Plane des Kaisers, dem eine Konstitution vom Jahre 429 (C. Th. 1, 1, 5) Ausdruck giebt, sollte ein Werk der Art, wie es uns im Codex Theodosianus vorliegt, einer endgiltigen Kodifikation vorausgehen, die ihren Stoff aus den drei Codices constitutionum und der sich titelweise anschliessenden Litteratur der Juristen zusammenzustellen hatte: *ex his autem tribus codicibus, et per singulos titulos cohaerentibus prudentium tractatibus et responsis, eorundem opera, qui tertium ordinabunt, noster erit alius, qui nullum errorem, nullas patietur ambages, qui nostro nomine nuncupatus sequenda omnibus vitandaque monstrabit.* In dem Einführungsgesetze zum Codex Theodosianus vom Jahre 438 (Nov. Theod. 1) ist dann nur noch mehr von diesem Gesetzbuche die Rede. Der Gesetzgeber stellt sich hier die Frage, woher es komme, dass trotz so vieler Anerkennungsbeweise für *Artes et Studia* nur wenige und vereinzelte im Vollbesitz der *Iuris civilis scientia* sich befinden. Theodosius schreibt diesen Sachverhalt auf das Uebermass der Schriften, die Mannigfaltigkeit der Aktionen, die Schwierigkeit der Rechtssachen, die erdrückende Menge kaiserlicher Verfügungen. Die Veröffentlichung der Kaisergesetze, in Gestalt des neuen Codex, soll dann verhindern, dass noch in Zukunft die Responsa der Jurisperiti gleichsam wie aus einem Allerheiligsten hervorgeholt werden, da die Antwort auf alle Fragen zu Tage liege:

offenbar bedeuten die Responsa der Juristen hier nichts weiter als Auskünfte, die die Juristen in ihren verschiedenartigen Funktionen geben. Direkt auf den Westen bezieht sich eine Aeusserung Valentinian III in einer Novelle vom Jahre 451 (a. a. O., 32). Der Kaiser klagt darüber, dass, wie bekannt sei, nach dem verhängnisvollen Einbruche der Feinde, der Italien heimgesucht hat, in einzelnen Provinzen *Causidici* und *Iudices* gefehlt haben und des Jus und der Leges kundige Personen (*gnaros iuris et legum*) selten oder nirgends sich finden lassen (§ 6) Auch diese Aeusserung ist indessen wenig verwertbar : bei den des Jus und der Leges kundigen Personen wird wiederum an Causidici und Judices zu denken sein, an denen es unter den besonderen Umständen von Ort und Zeit mangelt, wie der Kaiser ja auch in einer Massregel mit Bezug auf die provinzialen Advokaten ein Heilmittel erblickt (*haec necessitas fecit perpetuitatem dari provincialibus advocatis*). Schon ein Paar Jahre später (Nov. Val. 2, 4), im Jahre 454, konstatiert Valentinian einen starken Zudrang zur Advokatur. Ein Bild der Zeit wird sich schwerlich anders gewinnen lassen, als auf Grund von Untersuchungen, die sich auf eine Reihe von Punkten beziehen. Einmal auf die juristischen Leistungen dieser Periode auf dem Gebiete der Gesetzgebung und der Litteratur, wozu ja im weiteren Sinne auch Schriften wie die Briefe des Symmachus und der Kommentar des Boëthius zur Topik gehören. Ein weiterer Punkt betrifft das Verhältnis des Zeitalters zu den juristischen Leistungen der Vorzeit : ihm sind dann noch die folgenden Betrachtungen gewidmet.

7. Man wird für sicher halten können, dass in den hier in Frage kommenden Zeitläuften, je länger um so ausschliesslicher, das Recht, so weit es nicht Kaiserrecht der Monarchie gewesen ist, lediglich in der Gestalt der Litteratur der Vorkonstantinischen Zeit zur Benutzung gekommen ist, wie ja Theodosius II seinen Codex, der das abschliessende Gesetzgebungswerk darstellen soll, abgesehen von den drei *Codices constitutionum*, aus den *Prudentium tractatus et responsa* herstellen lassen will. Dass etwa die Ueberlieferung der Zwölftafeln als solche noch im Gebrauch, bez. Gegenstand des Unterrichts gewesen ist, wird für ausgeschlossen gelten können. Zu der Hervorhebung dieses Umstandes wäre auch ohne einen Text in den Gedichten des Sidonius Apollinaris (23, 446-454) kein Anlass. Er bezieht sich auf Leo, den Geheimsekretär des Westgothenkönigs

Eurichs, der, wie der Schriftsteller sagt, als Dichter den Horaz verstummen lässt, während der durch sein Dezemvirat berühmte Appius Claudius sich verstecken würde, hörte er den gelehrten Redner die Zwölftafeln des Rechts dozieren :

ad doctiloqui Leonis aedes
Quo bis sex tabulas docente iuris
Ultro Claudius Appius lateret
Claro obscurior in decemviratu.

Die Bezeichnung der Zwölftafeln als zweimal sechs Tafeln mag für eine Gallische Spielerei der Zeiten gelten, da sie bei Ausonius (Griphus 26) die dreimal vier Tafeln genannt werden (*ius triplex, tabulae quod ter sanxere quaternae*) und bei Sidonius Apollinaris selbst (Epist. 8, 6) die Verjährung der dreissig Jahre etwa als fünfmal sechsjährige Verjährung bezeichnet ist : *per ipsum fere tempus, ut decemviraliter loquar, lex de praescriptione tricennii fuerit proquiritata, cuius peremptoriis abolita rubricis lis omnis in sextum tracta quinquennium terminabatur.* Sollte der Schriftsteller nicht auch dasjenige, was er von Leos Unterricht in den Zwölftafeln erzählt, *Decemviraliter*, das will sagen, unter Ersetzung der modernen Ausdrucksweise duch Terminologie des Zeitalters der Decemvirn, und somit im uneigentlichen Sinne gesprochen haben ? Wenigstens sind ja die Angaben über Leos Verdienste, zumal wenn man Charakter und Schreibweise des Autors in Betracht zieht, gewiss nicht ernst zu nehmen. Da Leo Rhetor war, mag man die Aussage auf einen Unterricht in der ja auch für gerichtliche Zwecke bestimmten Rhetorik beziehen (24). Im Breviar, dem Gesetzbuch Alarich II, bei dem Leo, wie Gregor von Tours (Glor. mart. c. 91) berichtet, in der Stellung eines Consiliarius verblieb, kommt ein sehr bescheidenes Verständnis des Zwölftafelrechts zu Tage : die Interpretation zum Paulus (4, 8, 3) lässt nämlich den angeblichen Satz, dass in Ermanglung von Agnaten die Kognaten, ohne Unterschied des Geschlechts, Ab intestato erbberechtigt sind, dem Zwölftafelrecht entstammen. Aeusserungen die sich auf die alte Litteratur beziehen, sind nicht ganz ungewöhnlich. Laktanz

(24) Ausführliches bei Zeumer, Neues Archiv d. Gesellsch. f. ält. d. Geschichtsforsch. XXIV 118 u. 119.

(1, 1, 4) gedenkt der Institutionen genannten Schriften, indessen in sehr eigenartiger Weise. Er vergleicht nämlich sein Institutionen genanntes Werk mit den Institutionenschriften der Juristen : *et si quidam prudentes et arbitri aequitatis institutiones civilis iuris compositas ediderunt quibus civium dissidentium lites contentionesque sopirent.* Diese Aeusserung, die sich Isidors Etymologien (5, 14, 2) aneignen, geben kaum eine Charakterisierung, die eine Kenntnis der Schriftgattung verrät : doch muss man bei ihrer Wertung die rhetorische Redeweise des Autors in Rechnung ziehen ; fährt er fort *Quanto melius nos, et rectius institutiones litteris persequemur, in quibus non de stillicidiis aut aquis arcendis aut de manu conserenda, sed de spe, de vita, de salute, de immortalitate, de Deo loquemur,* so will mich bedünken, dass er seine Beispiele eher der Cicerolektüre als dem Studium der Institutionenschriften entlehnt haben wird. Eine Ausführung bei Marius Victorinus, der um die Mitte des 4ten Jahrhunderts in Rom wirkte, über den Begriff des *Ius civile* in der Schrift *De definitione* (Basl. Ausgabe d. Boëthius p. 654) geht auf Cicero, Top. 5, 28, *Ius civile.., quod in legibus senatusconsultis, rebus iudicatis, iurisperitorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistat* zurück. Sie führt nämlich *Leges senatusconsulta mos* und *aequitas* auf. Wenn sie aber *Plebisscita edicta et principum iussa* hinzufügt, so tritt hierin Beeinflussung durch eine Juristenschrift zu Tage, etwa Gaius (1, 2; 3; 5). Es heisst nämlich wie folgt : *sufficit enim vel plurimorum effici enumerationem, cum in infinitis non sit aliquid prætermittere vitiosum, hoc Cicero in Topicis collocavit, posse nos ius civile enumeratione diffinire. Quod in legibus more aequitate consistit, non autem totum ius enumeratum est. Quippe cum sit, et in senatus consultis, et plebiscitis, sit in edictis, et principum iussis, sit fortasse adhuc et in aliis. Sed cum enumeratis ex infinitis aliquibus partibus notio data fuerit iuris, quid ius civile sit in similibus existimabimus.* Man sieht dann, dass hier die *Auctoritas prudentum* des Cicero ausgefallen ist : doch kommt in Betracht, dass der Schriftsteller Willens war, sich zu beschränken. Hingegen schreibt Boëthius in seinem *Liber de interpretationibus* (a. a. O. p. 472), wie folgt : *cur postremum leges conditae ? cur reipublicae iura ? cur responsa sunt ? cur instituta ? cur mores publici et privati actus constitutionibus principum et iudiciorum nexibus continentur, si certum est, nihil humanis licere propositis, frustra enim cuncta sunt, si liberum arbitrium non est, leges enim et*

caetera ad continendos animos hominum conditas scimus. Quod si seipsi animi non regunt, et eos aliqua quaedam violentia necessitatis impellit, dubium non est, quia vanae istae leges sunt, quae nihil sponte facientibus proponuntur. Es sind Erwägungen, wie sie sich z. B. auch im Hexameron des Ambrosius (4, 19; a. a. O. I 59) finden. Der Schriftsteller fragt, wozu Gesetze und Rechte *Responsa* und *Instituta Constitutiones principum* und *Judiciorum nexus* dienen, wenn es keinen freien Willen gebe. Offenbar sollen *Instituta* und *Responsa* die autoritative Litteratur vertreten. Gebraucht dann Boëthius den Ausdruck *Instituta* in dem Kommentar zur Topik (Lib. II ad 3, 14 u. 4, 19; a. a. O. p. 299. u. 303) für die Institutionen genannten Schriften des Ulpian und Paulus, so wird er ihm hier kaum ein erweitertes Verständnis zuschreiben : dagegen müsste ein solches den Responsen im Sinne der gesammten übrigen Litteratur zukommen. Vermutlich nach dem Beispiele des Boëthius führt Isidor in den Etymologien (5, 14) Responsa und Institutionen, die letzteren nach Laktanz, auf. Die Erwähnung der Institutionen ist an dieser Stelle freilich unangebracht; denn die Rubrik spricht nur von *Responsa prudentum*, wie ja auch bei dem Schriftsteller die Entwicklung der Rechtsquellen der Aufzählung bei einem alten Autor (Gaius 1, 2-4) folgt—abgesehen davon, dass er das Edikt nur auf ein kaiserliches Edikt bezieht—, der in diesem Zusammenhange von Institutionen nicht geredet haben kann. Uebrigens gebraucht Boëthius in seinem Kommentar zur Topik (Lib. V ad 16, 63 u. 17, 65; a. a. O. p. 375 u. 378) die Worte *Responsiones iurisperitorum* von Kundgebungen der Juristen im Allgemeinen (16, 63 *Unde etiam machinamentum quoddam atque defensio in iuris peritorum responsionibus invenitur hoc modo;* 17, 65 *Etsi non tam uberes opportunitates habeat hic locus in iuris peritorum responsionibus*). Zweifellos gebraucht Justinian (I 1,24,2) und Kassiodor den Ausdruck *Responsa prudentum* in dem Sinne der juristischen Litteratur überhaupt. Seine Varien enthalten mehrere Bezugnahmen auf letztere. Er konstatiert, dass juristische Autoren das Wort *Patricius* von den *Patres* ableiten (6, 2 *quod quidam iuridicorum a patribus dictum esse voluerunt*); mit Unrecht, heisst es (6, 8), spreche man von einem Gerichte (*iudicium*), wo von den Parteien nicht die *Dicta prudentium* angeführt werden (*ubi non allegabantur a partibus dicta prudentium*); es gereicht dem zur Präfektur erhobenen zur

Empfehlung, dass er in den *Dicta prudentum* betrieben und mit den *Libri veterum* und den *Actiones parentum* vertraut ist (8, 20.. *dictis prudentum probaris imbutus.. aequales tibi sunt libri veterum et actiones parentum*). Geradezu aber heisst es einmal, nämlich in dem Patent bei Uebertragung der Quästur : *totum te legibus, totum responsis trade prudentium : sic nobis optime famularis, si priscorum servias constitutis* (10, 6); offenbar wird mit *Leges* und *Responsa prudentium* die Gesammtheit der Quellen, bezw. des Rechts, bezeichnet und werden *Leges* und *Responsa* in gleicher Bedeutung wie *Leges* und *Ius* unterschieden. Aber ohne allen Zweifel geht diese Verwendung des Ausdrucks *Responsa prudentium* viel weiter zurück. Sie tritt in der Rubrik *De responsis prudentum* des Codex Theodosianus (1, 4) zu Tage : denn es liegt auf der Hand, dass der Ausdruck nur in diesem allgemeinen Sinne gebraucht sein kann, da der Titel lediglich Konstitutionen enthält, die auf die Benutzung der Litteratur im Allgemeinen Bezug haben, darunter das sogenannte Zitiergesetz Valentinian III (h. t.,3). Dass die Rubrik schon aus älterer Quelle geschöpft ist, lässt sich freilich nicht zeigen, wohl aber, dass auch Theodosius II den Ausdruck ebenso verwendet hat. Spricht er bei Ankündigung des Plans für das endgiltige Gesetzgebungswerk von den anzuhängenden *Tractatus et responsa* (C. Th. 1, 4, 5), so kann man sicher sein, dass hier der Ausdruck *Responsum* in einem umfassenderen Sinne als in der Bedeutung eines Gutachtens der Jurisconsulti, bez. der Responsenlitteratur, gesetzt ist. Im weitesten Sinne geschieht es in einer Novelle von Theodosius II (12) vom Jahre 439 : es liegt auf der Hand, dass der Kaiser, wenn er die *Repudii culpae* und *Culparum coercitiones* wieder nach den alten *Leges* und den *Responsa prudentium* geregelt wissen will, etwa dasselbe, wie mit *Leges* und *Ius*, zu sagen beabsichtigt. Vor Theodosius fällt dann die Verwendung des Ausdrucks *Responsa* in allgemeiner Bedeutung in einer Konstitution vom Jahre 409 (408) (C. Th. 5, 7, 2, 2). Es heisst nämlich hier im Titel *De postliminio*, wie folgt : *reddantur igitur sedibus propriis sub moderatione qua iussimus, quibus iure postliminii etiam veterum responsis incolumnia cuncta versata sunt* : natürlich waren, wenn die *Veteres* den aus der Gefangenschaft Heimkehrenden *Iure postliminii* Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes gewährt wissen wollten, ihre Aussagen nicht bloss in Responsen oder

in den *Libri responsorum* zu finden. Weiter zurück fällt der entsprechende Gebrauch von *Responsa prudentium* in einer Konstitution vom Jahre 395 (C. Th. 4, 21, 1); es heisst hier nämlich: *constat autem virum ab intestatae uxoris bonis superstitibus consanguineis esse extraneum, cum prudentium omnium responsa tum lex ipsa naturae successores eos faciat.* Es liegt auf der Hand, dass hier schon um deswillen die *Responsa prudentium* keinen anderen als den allgemeinen Sinn haben können, weil ihnen die *Lex naturae* gegenüber gestellt ist : ja dieser Gegensatz erfordert Subintellegieren der *Responsa prudentium* als Vertreter des positiven Gesetzes (Rechtes) überhaupt. Es kommt dann aber auch ein hundert Jahre älteres Gesetz, nämlich eine Konstitution von Diokletian und Maximian vom Jahre 295, die in der *Consultatio* (5, 7) überliefert ist, in Betracht. Es heisst hier : *plus (enim) petitur, sicut responsis prudentum continetur, summa loco tempore causa qualitate (aestimatione).* Die den *Responsa prudentium* zugeschriebenen Worte sind im Wesentlichen diejenigen, mit denen in den Sentenzen des Paulus (1, 10, 1) die Pluspetition beschrieben wird. Auch hier wird sich kaum bestreiten lassen, dass die *Responsa prudentum* die Juristenlitteratur schlechthin bedeuten. Dieser Gebrauch wird sich aus der mehr als hundert Jahre zuvor nachweisbaren Verwendung des Ausdrucks *Responsa prudentium* in einem über die Bedeutung eines Gutachtens, bez. eines Gutachtens der privilegierten Juristen hinausgehenden, vielmehr ihre litterarischen Kundgebungen im Allgemeinen bezeichnenden Sinne entwickelt haben. Ich habe natürlich die Worte des Gaius in den Institutionen (1, 7) *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere* im Sinne, denen der Schriftsteller den Satz *Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet* anreiht. Dieses Verständnis des bekannten Textes geht von der Annahme aus, dass die unter Augustus geschaffene Einrichtung einer Verleihung des *Ius respondendi*, des Rechts *Ut ex auctoritate principis responderent*, lediglich den Zweck hatte, den Gutachten der privilegierten Juristen eine höhere Autorität zu sichern (*Ut maior auctoritas iuris haberetur*) (Pomponius D. 1, 2, 2, 49) : die Meinung, dass der Richter rechtlich gebunden war, ist nach den Grundsätzen der Römischen Verfassung schwerlich zu begründen und lässt im Stich, für den Fall dass widersprechende Responsen vorlagen. Dagegen wird, wie es schon zu Ciceros

Zeit der Fall war, unter dem Prinzipat die *Communis opinio* der Juristen, das will sagen, die Uebereinstimmung der Rechtsgelehrten in ihren litterarischen Kundgebungen im Punkte der Rechtsauslegung die Kraft eines Gesetzes gehabt haben. Wie aber zu allen Zeiten und notwendig unter der *Communis opinio* eines Kreises nicht auch die Meinung aller diesem Kreise angehörenden Individuen zu verstehen ist, so wird und muss es auch in Rom mit der gemeinen Meinung der Juristen gewesen sein. Fehlte es dann ursprünglich an einem festen Kriterium für die Zugehörigkeit, so bot, wie ich annehme, der mit der Einführung einer Privilegierung von Juristen geschaffene Sachverhalt einer offiziellen Auslese die Handhabe, dass sie auch für die Feststellung der *Communis opinio* massgebend wurde, um so eher, je mehr die ihren Responsen verliehene Autorität sich zunächst auf ihre Responsenbücher und von da aus auch auf ihre anderweit niedergelegten litterarischen Aeusserungen erstrecken musste. So konnte dann ein Schriftsteller im zweiten Jahrhunderte den litterarischen Kundgebungen der privilegierten Juristen, falls sie sämmtlich übereinstimmenden Inhalts sind, Gesetzeskraft zuschreiben. Wenn ich finde, dass eine Aussage dieses Inhalts in der genannten Stelle des Gaius vorliegt, sodass sich dann der Schriftsteller für diese Rechtsquelle terminologisch des Ausdruckes *Responsa prudentium* bedient, so scheint Nichts dieser Annahme zu widerstreiten. Redet Gaius von denjenigen *Quibus permissum est iura condere*, so kann doch, wo von einem Permiss die Rede ist, nur an die privilegierten Juristen gedacht sein. Mit den Worten, die den Inhalt des Permiss bezeichnen, *Iura condere*, braucht nicht sowohl die Ablegung von Gutachten mit bindender Kraft, als vielmehr die Abgabe rechtsauslegender Aeusserungen überhaupt gemeint zu sein, wie ja Gaius den Ausdruck auch sonst (4,30) kaum anders als im Sinne von *Iura interpretari* oder *tractare* verwendet und demgemäss *Conditor iuris* nicht viel anders als den Juristen bezeichnet (Interpretatio zu Br. C. Th. 1, 4, 1 *Haec lex ostendit, quorum iuris conditorum sententiae valeant* ; Julian C. Th. 2, 12, 1 ; wohl auch schon Constantius und Constans C. Th. 11, 36, 14 und später Justinian C. J. 7, 7, 1, 1[a]) : natürlich will dann das *Permissum est iura condere* nichts weiter sagen, als dass die Privilegierten konzessionierte Rechtsausleger, nicht dass nur sie Rechtsausleger sind. Schwer fällt zu Gunsten der

hier angenommenen Ansicht ins Gewicht, dass die *Responsa* als *Sententiae et opiniones* bezeichnet, der Sachverhalt einer Uebereinstimmung der Responsen aller Prudentes ventiliert und ihnen in diesem Falle Gesetzeskraft zugeschrieben wird, was auf Gutachten bezogen Anstoss giebt : hingegen ist die Zeichnung der litterarischen Kundgebungen als *Sententiae et opiniones* sehr treffend und wird mit der den Kundgebungen der Juristen im Falle der Uebereinstimmung zugeschriebenen Gesetzeskraft der hier angenommene Sachverhalt wiedergegeben. Ob sich der Gebrauch des Ausdrucks *Responsa prudentium* für die Litteratur der privilegierten Juristen aus der Verwendung der Worte für die Responsenbücher oder unabhängig davon entwickelt hat, kann dahin gestellt bleiben. Es mag schliesslich noch bemerkt werden, dass sich die Feststellung des Sachverhalts der *Communis opinio* für den Richter, soweit er nicht aus eigner Wissenschaft zu einer Entscheidung gelangte, aus den Ausführungen einer Partei ergeben haben wird, die sich eines den Sachverhalt der *Communis opinio* konstatierenden Responsum oder Textes eines privilegierten Juristen bediente. Indessen mochte es vielfach dem Richter schon genügen, dass die Partei, die die *Communis opinio* geltend machte, die Vertretung der Meinung bei einem Juristen von grossem Namen erwies, solange nicht der Gegner zeigte, dass bei autoritativen Schriftstellern auch eine abweichende Meinung vertreten sei (25).

8. Hier soll nun noch zum Schluss von dem sogenannten Zitiergesetz Valentinian III vom Jahre 426 (C. Th. 1, 4, 3) die Rede sein. Es handelt sich somit um eine Regelung, die zunächst für den Westen getroffen worden ist. Der hier zur Erörterung stehende und den wesentlichen Inhalt des Gesetzes bildende Teil der Konstitution lautet, wie folgt : *Papinani, Pauli, Gai, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita, ut Gaium quae Paulum, Ulpianum et ceteros*

(25) Die Worte *Idque rescripto divi Hadriani significatur*, mit denen der Satz des Gaius (1, 7) abschliesst, werden nichts weiter besagen, als dass ein Reskript Hadrians die bindende Kraft der *Communis opinio* einschärft. Vielleicht auch die Charakterisierung der *Communis opinio* als übereinstimmende Meinung der privilegierten Juristen. Justinian (I. 1,2,8) wird kaum etwas Anderes haben ausdrücken wollen, als was Gaius meint. Isidors Definition in den Etymologien (5, 14, 1) geht auf die Gutachten (*Responsa sunt, quae iurisconsulti respondere dicuntur consulentibus*) : hieraus ist indessen für unsere Frage nichts weiter zu folgern.

comitetur auctoritas lectionesque ex omni eius corpore recitentur. eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Juliani atque Marcelli omniumque, quos celebrarunt. si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur. Ich beschränke mich darauf, eine von der bekannten und herrschenden Auffassung des Textes abweichende Auslegung zu geben, oder richtiger zwei Erklärungen zur Wahl zu stellen. Die genannte Auffassung nimmt an, Valentinian habe neben den sämmtlichen Werken von Papinian Paulus Gaius Ulpian und Modestin den sämmtlichen Schriften der von diesen fünf Männern zitierten Autoren, wie des Scaevola Sabinus Julianus Marcellus und anderer, Autorität verliehen, diesen jedoch nur unter der Bedingung, dass der Text ihrer Schrift durch Handschriftenvergleichung beglaubigt wird. Die eine dieser beiden Erklärungen findet mit der herrschenden Auffassung in den Schlussworten des zitierten Textes (*Si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur*) ausgesprochen, dass um der mit ihrem Alter verbundenen Unsicherheit willen die Schriften der autoritativen Juristen einer Handschriftenvergleichung bedürfen, während sie von ihr abweicht, insofern sie unter den in Bezug genommenen autoritativen Juristen nicht die bei den fünf zuerst genannten zitierten, sondern jene fünf Schriftsteller selbst versteht. Dass von dem Erfordernis der Handschriftenvergleichung lediglich mit Bezug auf jene fünf Juristen, nicht auch mit Bezug auf die von ihnen zitierten Autoren, wie Scaevola Sabinus Julian Marcellus und andere, die Rede ist, erklärt sich bei dieser Annahme dann aus dem Umstande, dass die Aussagen der letzteren nur in Gestalt von Zitaten oder von Exzerpten bei jenen fünf Juristen in Betracht kommen. Nach dieser Auffassung des Textes ist dann auch anerkannt, dass die einzelne Handschrift eines Werkes der fünf Juristen von dem Gesetzgeber nicht als unbedingt zuverlässig angesehen worden ist. Die zweite Auslegung des Textes stimmt mit der herrschenden insoweit überein, als sie bei den genannten Schlussworten *Si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur* an die Schriften der von den fünf Juristen zitierten Autoren, oder vielmehr an den Inhalt dieser Schriften denkt, soweit er sich bei jenen fünf erwähnt, bez. aufgenommen findet. Hingegen besteht nach

dieser Annahme die von dem Gesetzgeber vorgeschriebene Beglaubigung mittels *Collatio codicum* nicht in Handschriftenvergleichung, sondern in dem Zusammentragen, bez. Vereinigen von Büchern Schriften Werken. Nämlich in dem folgenden Zusammenhange : nicht schon der Umstand, dass eine Rechtsauffassung dem Scaevola Sabinus Julianus Marcellus u. s. w. von Seiten eines der fünf Autoren in einer einzigen Schrift, in einem einzigen Werke Buche dieser fünf Juristen, bez. was man damit identisch nehmen kann, ein einziges Mal zugeschrieben wird, ist ausreichend, um seine Stimme gelten zu lassen. Es müssen vielmehr hierfür mehrere Schriften Werke Bücher, bez. mehrere Stellen jener fünf Juristen, erbracht werden : z. B. neben der Zuschreibung eines Satzes an Scaevola, die sich in den Institutionen des Gaius findet, eine übereinstimmende Zuschreibung in einer Schrift Papinians oder in einem Werke des Paulus oder Ulpians (oder selbst in einem zweiten Werke des Gaius) nachweisbar sein. Nicht alle Werke der Römischen Litteratur wurden hierdurch betroffen : denn nicht alle Werke der fünf Juristen überlieferten Angaben über Meinungsäusserungen älterer Juristen, z. B. nicht die Sentenzen des Paulus. Immerhin liegt der Vorschrift Valentinians ein Misstrauen gegen die Authentizität der Ueberlieferung der fünf Juristen überhaupt zu Grunde : denn der Kaiser verdächtigt die vereinzelte Aussage bei den fünf Juristen über die Ansichten der Aelteren nicht um der Unzuverlässigkeit des Zeugen willen, etwa weil er ihm einen leichtfertigen Charakter zuschreibt, oder weil der Zeuge von demjenigen, was er berichtet, zeitlich besonders weit entfernt ist, sondern wegen der auf das Alter seiner Schriften gegründeten Unsicherheit der Ueberlieferung. Es lässt sich dann aber besonders gut begreifen, dass die Ueberlieferung eines Werkes jener fünf Juristen, selbst die gesammte Ueberlieferung, im Punkte der Wiedergabe eines Autorennamens verderbt geworden ist, zumal da viele Autorennamen sehr ähnlich in der Schreibweise waren, worauf dann die Vorschrift des Kaisers gegründet ist. Beide Auslegungen vermeiden die Schwächen der herrschenden Auffassung. Denn es ist unwahrscheinlich, dass die Schrift eines jeden Juristen — es war ja mehr oder weniger die gesammte Litteratur, die bei jenen fünf zitiert war — und eine jede auch an obskurster Stelle vorgetragene Aeusserung der Juristenlitteratur vor dem Richter bedingungsweise Autorität besass.

Und es ist unerklärlich, weshalb eine Handschriftenvergleichung, sobald man sie einmal zur Vorbedingung der Geltung machte, nur bei Berufung auf die Schriften der von den fünf Juristen zitierten Autoren, nicht bei Berufung auf die Schriften der fünf selbst erforderlich war : die Annahme Krügers (Geschichte der Quellen u. Litteratur des Römischen Rechts S. 263), dass erstere ausser Gebrauch gekommen waren, resp. nur in älteren Handschriften vorlagen, während die Werke der fünf Juristen, die man fortdauernd benutzte, in neuen Auflagen zur Verfügnug standen, was wohl zutreffend ist, gewährt hierfür keine Erklärung; vielmehr lässt ein Sachverhalt, wie der genannte, vermuten, dass in Folge des anhaltenden Gebrauchs, bezw. des starken Handschriftenverbrauchs, die Ueberlieferung Schaden litt.Wie wenig plausibel ist aber vor Allem, dass für die autoritative Geltung des Textes jener älteren Autoren eine Vergleichung der Handschriften angeordnet gewesen ist! Und zwar nicht allein aus dem Grunde, weil gerade bei den Schriften einzelner Autoren, deren Geltung von Valentinian III ausdrücklich ventiliert wird, wie Scaevola — es ist an Mucius Scaevola gedacht— und Sabinus, eine Mehrheit von Handschriften, die eine Handschriftenvergleichung erfordert, nicht so leicht zu haben gewesen sein wird, sondern noch viel mehr weil kritische Bemühungen, als welche sich Vergleichungen von Handschriften darstellen, zum Erfordernis der autoritativen Geltung von Schriftstellertexten zu machen, ein kaum durchführbares Unterfangen des Gesetzgebers ist. Letzteres Bedenken spricht freilich auch gegen die erste der beiden hier vorgeschlagenen Auslegungen : immerhin würde sich nach dieser die Kritik im Wesentlichen auf die Feststellung beschränkt haben, ob der bezügliche Autorname durch mehrere Werke der fünf Juristen beglaubigt ist. Selbst dieses Bedenken fällt weg bei der zweiten Annahme, die zudem auch den Vorzug besitzt mit der Auffassung der *Collatio codicum* als Zusammentragen Vereinigen von Werken den mit dem Verständnis des Ausdruckes als Handschriftenvergleichung verbundenen Schwierigkeiten, auf die z. B. Sohm (Institutionen " S.119) hinweist,aus dem Wege zu gehen (26).

(26) Sohms eigene Erklärung (in der Note),*Collatio codicum* bedeute Zusammenstellung der Sammlungen, projektierte Stellensammlungen aus den bei den fünf Juristen zitierten Schriftstellern, will mir allerdings nicht treffend vorkommen.

LA CONTEXTURE GÉNÉRALE

DE LA

CAUTIO JUDICATUM SOLVI

Par **J. DUQUESNE**, Professeur à la Faculté de Droit de Grenoble

Sommaire. — I. Observations générales sur le fondement des conjectures de Lenel relatives à la *Cautio Pro Praede Litis et Vindiciarum* et à la *Cautio Judicatum Solvi*.— II. Exposé et critique de la théorie de Lenel sur la contexture générale de ces deux cautions.— III. La *clausula de dolo* dans ses rapports avec les autres clauses.— IV. Groupement des résultats obtenus et restitution de la formule de la *Cautio Judicatum Solvi*.

I

Nous avons déjà eu, dans un récent article (1), l'occasion de formuler certaines critiques contre la conjecture de Lenel sur la *C. J. S.* (2) et d'adopter à quelques égards une opinion différente. Incidemment, nous avons laissé entrevoir à plusieurs reprises que sur d'autres points nous ne partagions pas toutes les manières de voir de l'éminent professeur de l'Université de Strasbourg et promettions de reprendre certains côtés de la question dans un prochain travail. L'heure est venue de tenir notre parole et nous nous proposons de

(1) *Contribution à l'étude de la Cautio Judicatum Solvi* dans *Mélanges Gérardin*, p. 197-228 ; tirage à part, p. 1-32.

(2) Comme nous l'avons fait dans notre précédent article, nous désignerons, en nous inspirant de Probus, *Notae*, 5, 22. 23, la *cautio pro praede litis et vindiciarum* et la *cautio judicatum solvi* par les abréviations *C. P. P. L. V.* et *C. J. S.* Nous exprimerons également les mots *clausula ob rem judicatam, clausula ob rem non defensam* et *clausula de dolo malo* par les abréviations *cl. ob r. j., cl. ob r. n. d., cl. de d. m.* Nous emploierons ordinairement l'expression *cl. ob r. n. d.* de préférence à l'expression *clausula de re defendenda*, qu'on rencontre à propos de la *C. J. S.* (*D.* 46, 7, 6 Ulp. 78 *ad ed.*), parce que la première convient à nos deux cautions (Lenel, *E. P.*, 2, p. 273 n. 4 et p. 279 n. 2). La lecture des sources ne nous donne d'ailleurs pas l'impression que les termes *cl. ob. r. n. d.* et *cl. de re defendenda* aient été provoqués, comme le soutient Lenel, *E.P.*, 2, p. 279, par la rédaction même de cette clause. Nous croyons plutôt que les jurisconsultes romains emploient l'une ou l'autre expression suivant qu'ils envisagent, en se plaçant au moment de la conclusion de la stipulation, l'efficacité de cette clause pour l'avenir, *c. de re defendenda*, ou qu'ils recherchent dans le passé si la condition d'*indefensio* a été réalisée ou non (*ob rem non defensam*).

grouper dans les quelques pages qui vont suivre les nouvelles divergences qui nous séparent de Lenel.

Toutes se rapportent à la contexture générale de la *C. J. S.* et ont trait à la question de savoir dans quelle forme les trois clauses *ob rem judicatam, ob rem non defensam* et *de dolo malo* se trouvaient réunies dans cette *cautio.*

Avant d'aborder cette question, nous tenons à préciser dès le début la position que nous prenons vis-à-vis de la conjecture fondamentale de Lenel dans notre matière (1).On sait comment, en partant de cette idée féconde (2) que les commentateurs de l'Edit n'ont pas traité du même objet successivement dans deux livres distincts de leur ouvrage et que par suite, dans tous les titres des *Digesta* où une même matière se trouve régie par des groupes de textes appartenant à des livres différents des commentaires sur l'Edit, nous sommes en présence d'une fusion de règles originairement relatives à deux institutions distinctes, mais voisines, le savant restaurateur de l'œuvre de Salvius Julianus affirme que, dans le titre des *Digesta* consacré à la C. J. S., les extraits des livres 77 *ad ed.* d'Ulpien se rapportaient primitivement à la *C. P. P. L. V.*, tandis que le livre 78 *ad ed.* d'Ulpien s'occupait de la *C. J. S.* (3).

(1) V. l'exposé de cette conjecture et de ses assises dans Lenel, *E. P.*, 2, p. 267.

(2) Par exemple, pour la fiducie, le *receptum argentarii*, le serment, l'*actio auctoritatis*, l'*actio de modo agri*, la compensation. V. un excellent groupement de ces cas dans Girard, *N. R. H.*, 1904, p. 126-127.

(3) Lenel n'exprime une certitude que pour le commentaire d'Ulpien (*E. P.*, 2, p. 267). Il est, en outre, porté à admettre que Paul traitait de la *C. P. P. L. V.* au liv. 74 *ad ed.* et de la *C. J. S.* au liv. 75, Julien de la *C. P. P. L. V.* au liv. 55 de ses *Dig.* et Gaius de la *C. J. S.* au liv. 27 *ad ed. prov.* Sur tous ces points des hésitations sont possibles; on en trouve plusieurs traces chez Lenel lui-même (*Pal. J. C.*, 1, col. 461 n 3 ; *E. P.*, 2, p. 277 n. 5). Les extraits du liv. 75 *ad ed.* de Paul n'ont qu'un lien tellement éloigné avec la *C. J. S.* et sont d'une allure si générale qu'on est tenté de les rattacher à la théorie d'ensemble des stipulations que Paul expose depuis le livre 72; les deux fragments du liv. 74 qui conviennent bien à la *C. P. P. L. V.* (les mots *pro lite* de *D.* 46, 7, 12 ne sont pas l'indice absolu d'une interpolation pour *pro praede litis et vindiciarum;* car ces mots se retrouvent dans un autre texte où ils désignent certainement la *C. J. S.*: *D.* 36, 4, 5, 26) peuvent n'être que des allusions accidentelles à des stipulations prétoriennes, allusions provoquées par *D.* 45, 1, 84 et semblables à celles que nous rencontrons ailleurs dans l'exposé général de Paul relatif aux stipulations (*D.* 45, 1, 83, 5 Paul 72, *ad ed.*; *D.* 46, 5, 2 Paul 73 *ad ed*). Quant au livre 55 de Julien, il s'occupe certainement tout à la fois de la *C. P. P. L. V.* et de la *C. J. S.* (v. *Pal. J. C.*); nous serons même amené au cours du présent travail à mon-

Cette ingénieuse hypothèse nous paraît appartenir à la longue liste des découvertes « brillantes et méritoires » que nous devons à l'œuvre magistrale de Lenel et que condensait naguère dans un tableau imposant et vigoureux un autre savant érudit (1). Elle mérite, croyons-nous, l'approbation quasi-unanime qu'elle a reçue des romanistes, encore que notre conviction ne se fonde pas absolument sur les mêmes bases que celles proposées par Lenel.

Avec lui, nous croyons que le texte d'Ulpien 78 *ad ed.* (*D.*, 46, 7, 6) :

« *Judicatum solvi stipulatio tres clausulas in unum collatas habet : de re judicata, de re defendenda, de dolo malo* »

se présente bien comme le début d'un commentaire sur la *C. J. S.* et prouve ainsi que ce jurisconsulte ne commençait à s'occuper de cette caution qu'au livre 78 (2). Par contre, l'argument tiré de l'habitude qu'aurait Ulpien d'accorder dans ses commentaires la première place « *aux institutions du droit civil ou s'appuyant sur le droit civil* » pour soutenir que ce jurisconsulte commentait la *C. P. P. L. V.* avant la *C. J. S.*, me semble prêter le flanc à de graves critiques.

D'abord la *C. P. P. L. V.* est d'origine prétorienne comme la *C. J. S.* En second lieu, le seul lien que la *C. P. P. L. V.* ait avec le droit civil réside dans l'allusion que cette *cautio* contient, selon une conjecture vraisemblable de Lenel, à l'obligation civile qui incombe au défendeur de payer dans certains cas le double des fruits (3). Or, sur ce point, l'opposition n'est pas absolue entre nos deux stipulations prétoriennes, car la *C. J. S.* contient aussi une allusion à une obligation civile (4), toutes les fois où l'*obligatio judicati* visée par la *clausula de re judicata* dépend d'une condamnation à intervenir dans

trer que *D.* 6, 1, 55 et *D.* 46, 5, 2, 2, rattachés par Lenel à la *C. P. P. L. V.*, nous semblent appartenir à la *C. J. S.* Les deux fragments de Gaius 27 *ad ed. prov.* qui nous sont parvenus conviennent parfaitement à la *C. J. S.*; le premier *D.* 46, 7, 7 nous paraît appartenir certainement à cette *cautio* (v. notre article *Contrib. à l'Etude de la C. J. S.*, p. 5).

(1) V. l'article précité de Girard *N. R. H.*, 1904, p. 117-164.

(2) Dans le même sens, Girard, *N. R. H.*, 1904, p. 130.

(3) Lenel, *E. P.*, 2, p. 270-272.

(4) Nous croyons que la *clausula de re judicata* de la *C. J. S.* contenait une allusion à l'*obligatio judicati*; v. notre article *Contribution à l'Etude de la Cautio Judicatum Solvi*, p. 24.

un *judicium legitimum* (1). La différence possible à cet égard entre nos deux *cautiones* n'est donc pas suffisamment constante pour qu'elle ait pu servir de base au classement de l'Edit et des commentaires sur l'Edit. Nous préférons remplacer cet argument par un autre plus exact et dire que la *C. P. P. L. V.*, en sa qualité d'institution prétorienne plus ancienne, devait occuper la première place dans l'Edit et dans les commentaires sur l'Edit. Nous savons, en effet, qu'à l'intérieur de ses divisions méthodiques l'Edit de Salvius Julianus présentait ordinairement les institutions prétoriennes d'un même groupe dans leur ordre chronologique (2). Ce n'était d'ailleurs là que le maintien d'un classement traditionnel, résultat naturel de l'élaboration fragmentaire de l'œuvre prétorienne : chaque magistrat rattachant ses innovations aux institutions connexes qui avaient déjà trouvé place dans les édits de ses devanciers. Le préteur qui introduisit la formule de la *C. J. S.* fut ainsi tout naturellement porté à l'insérer dans l'album après celle de la *C. P. P. L. V.* qui lui avait d'ailleurs servi de modèle. Les *Notae* de Valérius Probus *in edictis perpetuis* prouvent dans une certaine mesure qu'il était déjà d'usage avant Salvius Julianus de mentionner dans les édits la *C. P. P. L. V.* avant la *C. J. S* (3).

Si nous portons d'ailleurs nos regards au-delà des quatre grands commentaires sur l'Edit utilisés par Lenel, pour interroger les autres œuvres juridiques qui suivent également le plan de l'Edit (4), nous constatons que les §§ 1 et 2 des *Sent.* de Paul, 5, 9, d'après une conjecture très vraisemblable fondée sur des arguments indépen-

(1) Lenel, *E. P.*, 2, p. 186 ; Wenger, *Actio Judicati*, p. 111.

(2) V. avec des nuances de pensée Lenel, *E. P.*, 1, p. 42; P. Kruger, *Histoire des Sources*, trad. Brissaud, p. 120; Girard, *N. R. H.*, 1904, p. 163-164. Cf. notamment les exemples rapportés dans le deuxième ouvrage.

(3) Probus, § 5, nos 22 et 23. Nous tenons à faire remarquer qu'il ne s'agit pas là d'une preuve absolue pour la question qui nous occupe, puisque ces deux abréviations ne nous viennent pas de la partie finale des *edicta perpetua* où étaient rapportées les formules de stipulations prétoriennes, mais du titre *de cognitoribus* ou du titre *de satisdando* (Girard, *N. R. H.*, 1904, p. 163, n. 1); toutefois l'ordre même de ces abréviations indique que la *C. P. P. L. V.* était mentionnée avant la *C. J. S.* dans les dispositions des édits qui imposaient à cet endroit l'obligation de fournir ces cautions.

(4) Sur l'utilité de pareilles recherches pour la reconstitution de l'Edit, v. la démonstration convaincante de M. Girard, *N. R. H.*, 1904, p. 133-140.

dants de l'antériorité de la *C. P. P. L. V.* dans l'Edit (1), traitent de cette dernière *cautio*, tandis que le § 3 visę expressément la *C. J. S.*

Le classement proposé des fragments des livres 77 et 78 d'Ulpien *ad ed.* nous paraît donc exact (2). Il y a là un résultat, dont il est juste de relever toute l'importance, puisque, du même coup, nous acquérons pour la théorie de la *C. P. P. L. V.*, sur laquelle nous n'avions que très peu de renseignements, tout un groupe important de textes. Nous craignons cependant que, séduit par l'attrait de sa découverte, Lenel n'ait exagéré les différences que la comparaison du livre 77 d'Ulpien *ad ed.* avec les sources relatives à la *C. J. S.* révèle entre cette *cautio* et la *C. P. P. L. V.* Il importe, en effet, quand on étudie nos deux institutions, de ne pas perdre de vue le correctif qu'appelle nécessairement, au dire de Lenel lui-même, sa conjecture fondamentale sur le classement des textes provenant des livres 77 et 78 d'Ulpien *ad ed.*

La rareté des fragments relatifs à la *C. J. S.* et l'aisance avec laquelle les commissaires des *Digesta* ont adapté à cette *cautio* d'im-

(1) Cf. Wetzel, *Vindicationsprozess*, p.35 et suiv.; Lenel *E. P.*, 2, p. 270-274. Dans le même sens, Wlassak, *Röm. Prozessgesetze*, 1, p. 228.

(2) La seule objection sérieuse que l'on pourrait faire à cette conjecture est qu'un des rares fragments du livre 78 d'Ulpien *ad ed.* ne convient qu'à la *C. P. P. L. V.* et non pas à la *C. J. S.* D'après *D.* 45, 1, 82 Ulp. 78 *ad ed.*, une personne peut valablement stipuler « *rem meam mihi restitui* » et le contrat produit effet si la chose périt au cours du procès, parce que celui qui défend au procès, en ne restituant pas « *moram videtur fecisse* ». Ces différentes conditions de l'hypothèse s'appliquent parfaitement à la *C. P. P. L. V.* qu'un demandeur dans une action en revendication intentée *per sponsionem* exigerait du défendeur, puisque cette *satisdatio* contenait une promesse au moins indirecte de restitution (Lenel, *E.P.*, 2, p.270). Par contre, comme le remarque très justement Lenel, *E.P.*, 2 p.279, la *C. J. S.* ne pouvait pas mentionner cette *facultas restituendi*, car « on aurait pu soutenir que, même après le jugement de condamnation rendu, une obéissance tardive au *jussus de restituendo* empêchait encore l'exigibilité de la *cautio* ». La présence de *D.* 45, 1, 82 dans le livre 78 *ad ed.* d'Ulpien ne doit toutefois pas ébranler la conviction solide que nous ont donnée les arguments cités plus haut. Peut-être sommes-nous ici dans un de ces cas exceptionnels, si bien signalés par M. Girard, (*N. R. H.*, 1904, p. 141-144), où les commentateurs de l'Edit n'ont pas pu terminer dans un livre l'exposé de la matière qu'ils y avaient abordée et ont dû par suite rejeter certains développements au début du livre suivant. Ulpien ne pouvait pas, dans son commentaire de la formule de la *C. P. P. L. V.*, sacrifier l'examen de la promesse de restitution ; on comprend qu'il l'ait aisément rejeté au début du livre 78 puisque cette question lui fournissait une excellente transition pour amorcer, par voie d'opposition, son exposé de la *C. J. S. D.* 45, 1, 82 devrait ainsi être placé en tête du livre 78 et devenir le n° 1707 de la *Pal. J. C.*

portants matériaux relatifs à la *C. P. P. L. V.* impliquent que ces deux institutions ont eu beaucoup de points communs : les jurisconsultes romains, aprés avoir étudié ces points à propos de la *C. P. P. L. V.*, qui occupait la première place dans l'Edit, n'avaient plus, en traitant de la *C. J. S.*, qu'à procéder par renvois. Lenel lui-même a été obligé, dans la seconde édition de son Edit Perpétuel, pour répondre aux objections de Karlowa, d'accentuer l'importance de cette réserve (1).

Et cependant, quand on note les différences nombreuses que cet auteur admet entre nos deux cautions, on se demande s'il a tenu suffisamment compte de l'identité relative des deux institutions. Nous avons déjà montré, dans l'article auquel nous avons fait allusion plus haut, que certaines de ces différences n'existent pas ; nous nous sommes notamment efforcé de prouver que la *C. J. S.* a un caractère personnel comme la *C. P. P. L. V.*, que ce caractère se manifeste par des énumérations de personnes identiques dans les *cl. ob. r. j.* et *ob r. n. d.* de nos deux cautions, et que ces énumérations ont dû passer de la *C. P. P. L. V.* dans la *C. J. S.* Aujourd'hui, nous nous proposons d'établir que la différence affirmée par Lenel relativement à la contexture générale de nos deux cautions est erronée.

Au cours de cette démonstration, nous devons rejeter à plusieurs reprises la correction que le savant auteur propose de *judicatum solvi* par *pro praede litis et vindiciarum.* Nous ramènerons ainsi à de justes proportions les innovations accomplies dans la matière de la *C. J. S.* par Tribonien et ses collaborateurs. Par là, notre travail sera une contribution à la critique des sources justiniennes et justifiera la place qui lui a été bienveillamment accordée dans le présent recueil.

II

Au dire de Lenel, les trois objets de la *C. P. P. L. V.* : *ob rem judicatam, ob rem non defensam, de dolo malo* auraient été réunis dans une seule et même clause, sous la forme de conditions suspensives de l'obligation du défendeur et de ses garants, et soudés entre eux par la promesse finale d'un *quanti ea res erit*, de telle manière que cette indemnité, due dès que l'une de ces conditions se réalisait, ne pouvait jamais être exigée qu'une seule fois. La *C. J. S.* aurait compris, au

(1) P. 267, n. 1.

contraire, pour ces trois chefs, trois promesses distinctes se suivant l'une l'autre et se suffisant chacune à elle-même.

Cette conjecture repose sur les arguments de textes suivants. Ulpien affirme au liv. 77 *ad ed.* (*D.* 46, 7, 5, 2) que la *cautio* dont il s'occupe, donc la *C. P. P. L. V.*, ne peut produire effet qu'une seule fois à raison de ses différents chefs « *quia plures causae sunt* UNA QUANTITATE *conclusae* ». Ce témoignage serait complété par un autre texte d'Ulpien au livre 7 de ses *Disputationes* (*D.* 46, 7, 13, *pr.*), où il est expressément question, dans la rédaction des *Digesta*, de la *C. J. S.*, mais que Lenel applique à la *C. P. P. L. V.*, à raison de la concordance de fond entre ce fragment et l'extrait précité d'Ulpien. En effet, cette loi 13 *pr.* dit : « UNAM CLAUSULAM *in stipulatione judicatum solvi* [L.: *pro praede litis et vindiciarum*] *et ob rem non defensam et ob rem judicatam in se habere : cum igitur judicatum solvi* [L.: *pro praede litis et vindiciarum*] *stipulatio* UNA *cludatur* CLAUSULA, *sive res judicetur sive res non defendatur, merito quaeritur, si altera causa committatur, an ex altera rursum committi possit..... sed ubi commissa est ex priori causa,ex altera, licet existat condicio, amplius non committitur* ».

L'*una quantitas* de cette *una clausula* est le *quanti ea res erit* ordinaire des stipulations prétoriennes.

Quand il s'agit de la *C. J. S.*, le même Ulpien nous dit, au contraire, au livre 78 *ad ed.* (D. 46, 7. 6): « TRES CLAUSULAS *in unum collatas habet* ». En outre, la *quantitas* de chaque clause paraît ici distincte : la *cl. de re judicata* contenait une promesse de payer le montant de la condamnation (*judicatum solvere*) (1); la *cl. de re defendenda* une promesse de fournir une indemnité égale au *quanti ea res erit* ; la *cl. d. d. m.* consistait normalement dans un engagement pur et simple de s'abstenir de dol « *dolum malum abesse afuturumque esse* » ou dans une stipulation de dommages-intérêts, si les parties demandaient au préteur l'autorisation d'insérer dans la formule les mots « *cui rei dolus malus non abest non afuerit, quanti ea res erit* (1), doués d'une efficacité toute particulière (2).

(1) *D.* 46, 7, 9 (Ulpien 14 *ad ed.*): « *in tantum enim committitur, in quantum judex pronuntiaverit* ».

(2) *D.* 46, 7, 19, *pr.* 1 (Venuleius 9 *stipulat.*) rapproché de *D.* 45, 1, 38, 13 (Ulpien 49 *ad Sab.*). La première forme n'est efficace que si le dol émane du promettant ou de ses héritiers, la seconde forme assure l'effet de la *cautio*, même si le dol émane d'un tiers.

Lenel invoque encore à l'appui de sa conjecture l'opposition qui existe entre *D.* 46, 5, 2, 2 (Paul 73 *ad ed.*) et *D.* 46, 7, 9 (Ulpien 14 *ad ed.*). Ces deux textes visent expressément, dans la rédaction des *Digesta*, la *C. J. S.* et lui donnent pour objet, le premier une INCERTA *quantitas*, égale au *quanti ea res erit*, le second une EXPEDITA *quantitas*. Lenel résout cette antithèse en appliquant à la *C. P. P. L. V.* le premier texte, qui s'occupe à cet endroit d'une *cautio* fournie dans une action réelle (1); le second texte concernant certainement la *C. J. S.* Cette interprétation n'est pour lui que la confirmation de la démonstration antérieure établissant que la *C. P. P. L. V.* contenait une promesse unique de *quanti ea res erit*, tandis que la *cl. de re judicata* de la *C. J. S.*, dont s'occupe précisément *D.* 46, 7, 9, avait une *quantitas* spéciale, égale au montant de la condamnation.

Toute cette argumentation ne nous convainc pas et nous restons persuadé que la *C. J. S.* présente, au point de vue de sa contexture générale, les mêmes caractères que la *C. P. P. L. V.* Notre opinion se fonde sur les motifs suivants : 1° les textes invoqués par Lenel pour établir sa conjecture ne prouvent pas ce que l'auteur veut en déduire ;

2° les conséquences pratiques auxquelles conduirait cette conjecture pour la *C.* J. S. sont inadmissibles ;

3° *D.*46, 7, 13 *pr.*, se réfère bien à la *C.J.S.* et prouve par suite que cette stipulation groupait également dans une *clausula* unique par un terme disjonctif les *cl. ob. r. j.* et *ob r. n. d.*, de telle manière qu'elle ne pouvait produire effet qu'une seule fois à raison de ces deux conditions.

1° Les textes produits par Lenel ne sont pas probants. Tout d'abord, l'antithèse affirmée entre ces deux formules « *plures causae..... una quantitate conclusae* » et « *tres clausulas in unum collatas* » me paraît fort contestable. Il faut, en effet, une très grande acuité d'interprétation pour découvrir dans l'*in unum conferre* de *D.* 46, 7, 6 l'idée de promesses distinctes, indépendantes l'une de l'autre. Le fait qu'Ulpien aux *Dig.* 46, 7, 13, *pr.* affirme que les deux chefs *ob rem judica-*

(1) L'interpolation de *judicatum solvi* pour *pro praede litis et vindiciarum*, soutenue ici par Lenel, l'entraîne à rattacher à la *C. P. P. L. V. D.* 6, 1, 55 (Julien 55 *Dig.*) qui nous donne l'opinion de Julien que Paul rapporte en termes presque identiques dans *D.* 46, 5, 2, 2 et à soutenir une interpolation identique dans *D.*35, 2, 32, 2 (Maecianus, 9 *fidcicom.*) qui pose pour la divisibilité des stipulations prétoriennes les mêmes règles que *D.*46, 5, 2, 2.

tam et *ob rem non defensam* sont réunis dans une clause unique (*una clausula*), tandis que le même jurisconsulte affirme aux *D.* 46, 7, 6 que la *C. J. S.* contient *tres clausulae de re judicata, de re defendenda, de dolo malo*, n'est pas plus décisif. Il ne serait probant que si ces deux affirmations étaient dans les écrits d'Ulpien tellement rapprochées l'une de l'autre qu'on pût en induire l'intention chez ce jurisconsulte d'indiquer une divergence de rédaction entre nos deux cautions. Or, ces deux propositions se rencontrent dans des ouvrages différents d'Ulpien, l'une dans ses *Disputationes*, l'autre dans ses *Libri ad ed.* En outre, l'expression *clausula* est, comme notre mot clause, un terme commode pour désigner les différentes dispositions contenues dans un même acte juridique, que celles-ci soient, au point de vue de la forme, condensées ou non dans une seule proposition (*una clausula*). D'où l'on conçoit très bien que les jurisconsultes romains aient pu, à propos de la même *cautio*, parler tour à tour de *tres clausulae* ou d'*una clausula*, suivant qu'ils envisageaient le fond ou la forme de cette *cautio*. Les trois dispositions (*tres clausulae*), distinctes au point de vue du fond, pouvaient être fondues dans une seule proposition (*una clausula*). Cette terminologie est même tellement naturelle que M. Lenel, malgré sa conjecture, n'hésite pas à distinguer successivement dans la *C. P. P. L. V.* trois *clausulae* : la *cl. ob r. j.*, la *cl. ob r. n. d.*, la *cl. de d. m.* Toute cette dernière partie de la discussion soulevée par *D.* 46, 7, 13, *pr.* deviendrait d'ailleurs inutile, s'il était exact, comme nous nous proposons de le prouver, que ce texte concernait réellement la *C. J. S.* et non la *C. P. P. L. V.*; ce fragment fournirait la preuve directe de cette dualité d'acceptions du mot *clausula* que nous venons d'affirmer ici.

Quant à l'antithèse prétendue entre l'INCERTA *quantitas* de *D.* 46, 5 2, 2 et l'EXPEDITA *quantitas* de *D.* 46, 7, 9, elle est, selon nous, plus apparente que réelle. Tout d'abord; la *C. J. S.* a certainement pour objet une *incerta quantitas*, exactement comme la *C. P. P. L. V.*, si l'on ne s'occupe que de ses *cl. ob. r. n. d.* et *de d. m.* La difficulté ne s'élève que pour la *cl. ob r. j.*, la seule que vise en fait *D.* 46, 7, 9. Or, sur ce point, une solution, à tous égards satisfaisante, nous a été depuis longtemps donnée par la Glose et a été maintes fois reproduite depuis. Au moment de la conclusion de la *C. J. S.* et jusqu'à la sentence, la *cl. de re judicata* a pour objet une INCERTA *quantitas* ; celle-ci ne devient EXPEDITA qu'au moment de la condamnation ;

elle est désormais égale au montant de la condamnation pécuniaire, de telle sorte que la *cl. de re judicata*, dont l'efficacité se produit précisément à cet instant, engendre une obligation ayant pour montant une quantité liquide. Les deux expressions s'appliquent donc parfaitement à la *C. J. S.*, elles visent simplement des moments différents. Il est, en effet, incontestable que *D.* 46, 7, 9 ne s'occupe que de l'effet de la *C. J. S.* au moment de la condamnation ; *D.* 46, 5, 2, 2 traite, au contraire, de la divisibilité des obligations nées des stipulations prétoriennes, lorsque le stipulant ou le promettant vient à mourir avant la condamnation, laissant plusieurs héritiers.

Nous ajoutons que l'interpolation de *judicatum solvi* pour *pro praede litis et vindiciarum* dans ce dernier texte ne nous paraît pas admissible. La mention de la *C. J. S.*, au moment où Paul traite d'une manière générale de la divisibilité des obligations en matière de stipulations prétoriennes, est toute naturelle, étant donnée la très grande importance pratique de cette *satisdatio* (1). Par contre, la *C. P. P. L. V.* pouvait difficilement être citée ici par opposition aux stipulations prétoriennes « *quae rei restitutionem continent* », notamment à la *cautio ex operis novi nuntiatione* (2). Il suffit, en effet, de comparer les formules conjecturales proposées par Lenel à propos de ces deux *cautiones* (3) pour voir immédiatement que la *C.P.P.L.V.* contient dans la même mesure que la *C.EX.O.N.N.* une promesse de *rei restitutio*, et que, si elle a pour objet une *incerta quantitas* à raison de son engagement d'exécuter la sentence et à raison de ses *cl. ob r.n.d.* et *de d.m.*, il en est absolument de même pour la *C.EX O. N. N.* (4). Paul aurait donc ruiné lui-même sa distinction entre les stipulations prétoriennes « *quae rei restitutionem continent* » et celles

(1) Il suffit de parcourir le passage que Gaius, 4, 88-102, consacre à la *C. P. P. L. V.* et à la *C. J. S.* pour constater que cette dernière, à raison de son plus large champ d'application, occupe déjà la première place dans les préoccupations de l'interprète.

(2) *D.* 46, 5, 2, *pr.* 1.

(3) *E. P.*, 2, p. 274 ; p. 297-298.

(4) La seule réserve qu'on pourrait être tenté de faire est que la *C. EX O. N. N.* devait, à raison de sa promesse d'exécuter la sentence, avoir pour objet une EXPEDITA *quantitas*, comme la *C. J. S.*, lorsque le jugement visé devait intervenir à la suite d'une procédure *per formulam petitoriam* (Cf. *D.* 46, 7, 9 et *D.* 39, 1, 12); mais cette difficulté doit être résolue comme nous venons de le faire pour la *C. J. S.*

« *quae incertam quantitatem continent* », si, après avoir cité la *C. EX O. N. N.* comme exemple des premières, il eût immédiatement après présenté la *C. P. P. L. V.* comme modèle des secondes (1).—Faisons encore remarquer que les règles formulées par *D.* 46, 5, 2, 2 sur la divisibilité des obligations nées des stipulations prétoriennes ne conviennent pas moins à la *C. J. S.* qu'à la *C. P. P. L. V.* Ce texte pose d'abord en termes généraux le principe de la divisibilité des stipulations prétoriennes portant sur une *incerta quantitas*. Or, il n'y a là qu'une application de la règle générale en matière de stipulations prétoriennes (*D.* 35, 2, 32, 2 Maecianus 9 *fideic.*) (2). La *C. EX. O. N. N.* elle-même n'échappe pas à cette règle, lorsqu'il s'agit de sa promesse d'exécuter le jugement et de sa *clausula de dolo*. Le fait

(1) Nous préférons donner cette forme modeste, mais sûre et tout à fait probante, à l'argument que nous formulons contre la conjecture de Lenel. Nous croyons cependant qu'on peut aller plus loin et affirmer avec une grande vraisemblance que la *C. P. P. L. V.* appartenait, au même titre que la *C. EX.O.N.N.*, à la catégorie des stipulations « *quae rei restitutionem continent* », c'est-à-dire qu'elle obéissait, dans la question de la divisibilité des obligations, aux mêmes règles que cette dernière. L'indivisibilité de la *C.EX.O. N. N.* ne se manifeste qu'au point de vue de la restitution de l'*opus* (seule visée par *D.* 46,5, 2, 1) et de la *defensio* (*D.* 45, 1, 4, 2 *in fine*). A ce dernier égard, la *C. P. P. L. V.* est certainement régie par le même principe (*D.*46, 7, 5, 7 Ulpien, 77 *ad ed.*). Aucun texte ne nous dit expressément que cette *satisdatio* soit également indivisible au point de vue de la *restitutio*. Cette conjecture est cependant permise en présence de certaines solutions des *Digesta*. En effet, l'indivisibilité de la *restitutio* dans la *C.EX O. N. N.* n'est jamais présentée dans les sources comme une conséquence de l'impossibilité matérielle, assez fréquente dans ce cas, d'une restitution partielle; elle y est affirmée en termes généraux qui assurent l'application de la règle dans tous les cas, sauf la faculté qui ne peut être retirée au stipulant, lorsque la restitution partielle est matériellement possible, d'accepter une prestation divise (*D.*45, 1, 4, 2 *in fine*; *D.* 46, 5, 2, 2 : *quamdiu enim aliquid superest, tamdiu non potest videri opus restitutum*). La règle de l'indivisibilité de la *restitutio* paraît appliquée également par *D.* 45, 1, 4, 2 *in fine* à la *cautio usufructuaria*, bien qu'une division de la restitution soit ici le plus souvent matériellement possible. Ces indices donnent tout lieu de penser que la *C. P. P. L. V.*, où une restitution divise est aussi fréquemment possible, était traitée comme la *C. EX. O. N.N.* et la *cautio usufructuaria*. Si cette conjecture était vraie, la *C. P. P. L. V.* eût appartenu complètement au groupe de stipulations prétoriennes visé par *D.* 46, 5, 2, 1.

(2) Lenel (*Pal. J. C.*, I, 584 n. 2) note que les termes de ce texte conviennent mieux à la *C. P. P. L. V.* qu'à la *C. J. S.* Cette conjecture nous paraît être, chez cet auteur, la conséquence de l'interpolation qu'il soutient pour *D.* 46, 5, 2, 2. Si ce dernier texte s'occupe réellement de la *C. J. S.*, comme nous le pensons, c'est également de la *C. J. S.* qu'il doit s'agir dans *D.* 35, 2, 32, 2.

que dans la *C. J. S.* l'*incerta quantitas* du début se transforme le jour de la condamnation en une *expedita quantitas* ne peut que favoriser la divisibilité (1). L'hésitation que Paul manifeste ensuite à admettre la divisibilité au regard des héritiers du promettant est évidemment celle qui conduit à poser dans la *C.P.P.L.V.* la règle de *D.*46,7,5,7 *Ulpien* 77 *ad ed.*, d'après laquelle le stipulant peut con-

(1) On discute sur le point de savoir quelles sont les idées directrices en matière de divisibilité des stipulations prétoriennes. Les uns, comme Ribbentrop, ***Korrealoblig.***, p. 215, Wetzell, ***Vindicationsprozess***, p. 266, soutiennent que les stipulations prétoriennes obéissent à des règles spéciales ; d'autres, comme Savigny, ***Droit des oblig.***, I, p. 416-417. le nient. La vérité nous semble avoir été dégagée en la matière par Ubbelohde dans une des meilleures pages de son remarquable traité sur la ***Théorie des Obligations Indivisibles*** (***Die Lehre von den untheilbaren Obligationen***, p. 150). L'opposition entre les stipulations prétoriennes et les stipulations conventionnelles au point de vue de la divisibilité des obligations n'est pas absolue. Des différences se manifestent cependant. Elles tiennent à ce que la règle directrice de l'interprétation des stipulations conventionnelles est la volonté des contractants (*D.* 45, 1, 5, *pr.* 52, *pr.*), tandis que dans les stipulations prétoriennes, c'est le but même de l'institution (*D.*2, 11, 10, 2: ***propter ipsam rem darentur***). Les conséquences qui résultent de cette divergence de principes directeurs dans l'interprétation du contrat ne se manifestent pas seulement, comme l'a si bien démontré Ubbelohde (***loc. cit.*** p. 152 et suiv.), dans la fixation du taux des parts ; on les rencontre aussi, à notre avis, dans un sens déjà signalé par d'anciens auteurs comme Ribbentrop et Wetzell. Les stipulations prétoriennes appartiennent,comme les stipulations pénales,à la large catégorie des stipulations conditionnelles, elles sont même des stipulations pénales au sens très large que le mot reçoit en droit romain et qui n'exclut nullement l'idée de stipulations d'indemnité (*D.* 46, 5, 6). Ce sont donc des stipulations dans lesquelles le promettant s'engage à payer une ***pecunia*** fixe ou à déterminer plus tard, sous la condition que tel événement se réalise ou ne se réalise pas. Dans ces stipulations, l'objet ***in obligatione*** reste susceptible d'une prestation partielle, s'il est divisible par nature. Mais, dans les stipulations conventionnelles de ce genre, le fait mis ***in condicione*** est indivisible, sauf manifestation de volonté contraire (formule trop absolue chez Savigny, ***Droit des oblig.***, 1, p. 360 et suiv. ; formule plus exacte chez Windscheid, ***Pandekten***, ^{9}, 2, p. 167); cela signifie que la totalité de la peine est normalement dûe, si le fait mis ***in condicione*** n'est que partiellement réalisé.Nous croyons, au contraire, que dans les stipulations prétoriennes la divisibilité du fait mis ***in condicione*** est la règle (tel est à mon avis le sens des affirmations générales de *D.* 46, 5, 2, 2; *D.* 35, 2, 32, 2). Cela tient à ce que d'après leur but, presque toutes ces stipulations ont le caractère exclusif de stipulations d'indemnité tendant à donner satisfaction à des besoins d'équité. Il en résulte que l'efficacité de ces stipulations se mesure presque toujours au préjudice qu'elles tendent à réparer. L'indivisibilité n'est ici admise que dans la mesure où l'exigent la nature des choses (par ex., ordinairement pour la ***restitutio operis***) ou les considérations d'équité conformes au but de l'institution (par ex.pour la ***defensio***, dans plusieurs cautions).

traindre les héritiers et les *sponsores* à défendre pour le tout (1). La même règle doit s'appliquer à la *C.J.S.* à raison de l'identité de but des deux institutions (2). Aucune raison ne pourrait justifier qu'on imposât ici au stipulant l'obligation d'accepter les défenses partielles, lorsqu'on déclare cette *defensio* indivisible non seulement dans la *C.P.P.L.V.*, mais aussi dans la *C. EX.O.N.N.* (3) et dans la *stipulatio duplae* (4). Comment, si cette différence eût existé, les commissaires de Justinien ne nous eussent-ils pas rapporté au titre *judicatum solvi* la règle particulière à cette *cautio*, au lieu de la règle divergente consacrée pour la *C. P. P. L. V.* ? Le texte affirme enfin que la stipulation est inefficace, lorsque l'action réelle est dirigée contre celui des héritiers qui possède toute la chose. Cette solution s'explique par l'idée que le défendeur étant poursuivi non pas comme héritier, mais comme possesseur, le procès constitue une *nova res*, absolument distincte du procès qui avait été inauguré contre le défunt (5). Ce raisonnement s'applique avec la même force à la *C. J. S.* qu'à la *C. P. P. L. V.* Notre conclusion est donc très nettement que *D.* 46, 5, 2, 2 s'occupe réellement de la *C. J. S.* et non pas de la *C. P. P. L.V.* L'opposition prétendue entre l'*incerta quantitas* de la *C. P. P. L. V.* et l'*expedita quantitas* de la *C. J. S.* n'existe pas.

2° Voyons maintenant comment la conjecture de Lenel conduit à des conséquences inadmissibles en pratique.

L'effet rattaché par cet auteur, sur le fondement des textes, au groupement dans une proposition unique des trois conditions de la *C. P. P. L. V.* consiste en ce que la quantité promise ne peut y être due qu'une seule fois à raison de ces différentes conditions. Il en résulte notamment, comme le dit Ulpien (*D.* 45, 1, 13, *pr.*), que les *cl. ob. r. j.* et *ob r. n. d.* ne sont efficaces qu'alternativement. Les trois conditions de la *C. J.S.* formant l'objet de trois promesses distinctes,

(1) *D.* 46, 5, 2, 2 : «*Quamvis possit dici ex persona heredum promissoris non posse descendentem a defuncto stipulationem diversam condicionem cujusque facere.*» *D.* 46, 7, 5, 7 : « *ne defensio per plures scissa incommodo aliquo adficiat actorem* ».

(2) La règle est bien formulée par Venuleius, *lib.* 6 *stipulat.*, *D.* 46, 7, 17, mais rien ne permet de rattacher ce texte plutôt à la *C. J. S.* qu'à la *C. P. P. L. V.* (V. Lenel, *Pal. J. C.* Venuleius, 63).

(3) *D.* 45, 1, 4, 2 *in fine.*

(4) *D.* 45, 1, 139.

(5) Telle est l'explication traditionnelle, à tous égards satisfaisante.

la conclusion logique, mais non exprimée il est vrai, est que cette *cautio* peut produire effet successivement à raison de ses différentes causes, notamment à raison de ses *cl. ob r. j.* et *ob r. n. d.*

Or, sur cette question de l'efficacité successive des différentes clauses de nos deux cautions, il nous paraît impossible que la *C.J.S.* ait obéi à des règles différentes de celles qui régissaient la *C.P.P.L.V.* Cela nous semble en particulier certain pour le jeu respectif de la *cl. ob r. j.* et de la *cl. ob r.n. d.*, les seules dont s'occupe *D.*46, 7, 13, *pr.*, et les seules sur lesquelles nous voulons concentrer notre attention, nous réservant de consacrer à la *cl. de d. m.* des développements particuliers.

En effet, l'emploi du terme disjonctif *aut* ou *sive* pour relier les *cl. ob r. j.* et *ob r. n. d.* de la *C. P. P. L. V.* n'est pas le résultat d'un caprice du préteur, il est la conséquence d'une volonté consciente de ce magistrat, de même que l'insertion de ce même disjonctif dans une stipulation conventionnelle, par exemple dans la stipulation type « *si navis ex Asia venerit aut si Titius consul fuerit* » correspond à une intention réelle des contractants. Si nous recherchons maintenant le motif pour lequel le préteur n'a assuré aux deux conditions précitées de cette *cautio* qu'une efficacité alternative et non pas cumulative, nous croyons pouvoir le découvrir dans le but même de l'institution (1). La *C.P.P.L.V.* a pour fonction essentielle, au dire de Gaius (2), de garantir au demandeur la restitution de la chose qu'il réclame ou le paiement de la *litis aestimatio*. La clause primordiale de cette *cautio* est donc la *cl. ob r. j.*; les autres clauses, notamment la *cl. ob r. n. d.*, ne sont là que pour assurer la marche normale du procès jusqu'à la sentence « *propter hoc enim tantum interponuntur, ut res judicari possit* » (3). Pour cela, il est en particulier nécessaire que l'instance soit liée et que par conséquent la *res* soit *defensa*. C'est pourquoi le préteur oblige le défendeur et ses *sponsores* à promettre, après l'engagement de la *cl. ob r. j.*, une indemnité égale à la valeur du litige pour le cas où personne ne se chargerait de la défense. Mais le magistrat romain ne veut ici, comme dans presque toutes les stipu-

(1) Sur l'importance de cette idée pour l'interprétation des stipulations prétoriennes, v. Ubbelohde, *Die Lehre von den untheilbaren Obligationen*, p. 150 et le présent article, p. 334, n.1.

(2) Gaius, 4, 89.

(3) *D.* 46, 4, 20 (Ulpien, 77 *ad ed.*).

lations prétoriennes au *quanti ea res erit* (1), assurer au stipulant que l'indemnité du préjudice réel ou présumé que celui-ci a subi (2); il rédige par suite la stipulation de telle façon que les dommages-intérêts, égaux à la valeur du litige,ne soient promis qu'une seule fois à raison des différentes clauses (*una quantitas*).Ajoutons que, d'après l'organisation de la procédure à l'époque de l'introduction de la procédure de la *C. P. P. L. V.* dans l'édit du préteur, la question de l'efficacité cumulative des deux clauses *ob r. j.* et *ob r. n. d.* ne pouvait guère se poser en pratique (3). En effet, tant que la *res* n'était pas *defensa in jure*, l'instance n'était pas liée et ne pouvait pas aboutir à un jugement ; seule la *cl. ob. r. n. d.* était susceptible de produire effet. Si l'*indefensio* avait lieu, au contraire, après la liaison d'instance, c'est-à-dire *in judicio*, le procès aboutissait encore au temps de Cicéron (4), où existait déjà la *C. P. P. L. V.* (5), nécessairement et rapidement à la condamnation, en vertu de la règle des XII Tables : *post meridiem praesenti litem addicito* (6). Il en résultait qu'en pareil cas le demandeur n'avait pas

(1) Si nous prenons la liste des stipulations prétoriennes et édiliciennes proposée par Lenel, *E. P.*, 2, 263-302 ; 318-320, il n'y a que deux stipulations au *quanti ea res erit* qui tendent à faire obtenir plus que l'indemnité du préjudice : ce sont la *stipulatio duplae* et aussi le *vadimonium* qui porte sur un *quanti ea res erit* en cas d'*actio depensi* et d'*actio judicati* (Gaius, 4, 186) et dont l'efficacité se cumule, suivant la conjecture très bien établie de Naber, *Mnemosyne*, 1889, p. 120 et suiv., avec celle de l'action principale. Je ne fais pas ici état de la *satisdatio secundum mancipium*, parce que nous en ignorons la rédaction, ni de l'allusion que la *C. P. P. L. V.* contiendrait à l'obligation de payer dans certains cas le double des fruits, parce que cette obligation n'y est qu'indirectement visée et que cette mention, d'une application accidentelle, ne peut pas changer le caractère général de l'institution.

(2) C'est ce que prouvent *D.* 46, 7, 3, 10. l. 5, *pr.* (Ulpien 77 *ad ed.*) et l. 4 (Julien 55 *Dig.*) La réunion de ces textes prouve que l'efficacité de la *cl. ob r. n. d.* de la *C. P. P. L. V.* ne peut pas se cumuler avec celle de l'action principale.

(3) Elle ne pouvait même pas se produire à raison de la règle rapportée par Ulpien au liv. 77 *ad ed.* (*D.* 46, 7, 3, 9): « *Ob rem non defensam stipulatio non committitur, quamdiu potest existere qui defendat* ». Cette règle, formulée ici en termes trop absolus (v. *D.* 46, 7, 3, 10), n'en prouve pas moins que la *cl. ob r. n. d.* de notre *cautio* n'a pas pour but de punir le fait de l'*indefensio* lui-même, mais qu'elle ne produit effet qu'au moment où tout espoir d'*indefensio* étant perdu, il n'y a plus lieu d'escompter que l'action principale se terminera par un jugement.

(4) *In Verr.*, 2, 2, 17, 41.

(5) *In Verr.*, 1, 45, 115.

(6) Girard, *Textes*, p. 12. *tab.*, 1, 8.

intérêt à se prévaloir de la *cl. ob r. n. d.*, puisqu'il pouvait obtenir, après quelques heures d'attente et sans nouveau procès, la condamnation du défendeur; seule la *cl. ob r. j.* produisait effet en pareil cas (1).

Cet état de choses ne se modifia que lors de l'introduction de la procédure de l'*eremodicium*. Désormais l'*indefensio in judicio* devint un état durable, susceptible de se terminer par une sentence en faveur du défaillant. On se demanda dès lors tout naturellement si le demandeur, pour échapper aux lenteurs et aux risques d'insuccès de cette procédure par défaut, n'aurait pas la faculté de se prévaloir de la promesse générale de *defensio* contenue dans la *cl. ob r. n. d.* Dès lors, surgit également la question de savoir si la *cautio*, efficace à raison de l'*indefensio in judicio*, pouvait l'être une seconde fois, lorsque la procédure de l'*eremodicium* se terminait par la condamnation du défendeur. *D.*46, 7, 13, *pr.* s'occupe précisément de cette difficulté et nous indique que, conformément au caractère accessoire de la *cl. ob r. n. d.*, on fit ici prévaloir la *cl. ob r. j.* Ce texte est, selon Lenel, probant pour la *C. P. P. L. V.*; nous nous efforcerons de démontrer dans un instant qu'il appartient à la matière de la *C. J. S.*

Quoiqu'il en soit de ce texte, dont nous faisons actuellement abstraction, la *C. J. S.* nous semble devoir être régie, aux différents points de vue que nous venons d'examiner, par les mêmes règles que la *C. P. P. L. V.* Nos deux *cautiones* n'ont-elles pas, au témoignage de Gaius (2), un but principal identique, qui est de garantir au demandeur les prestations auxquelles il a droit en cas de succès ? Etant donné ce but primordial de la *C. J. S.*, n'a-t-elle pas nécessairement

(1) La lecture des sources montre bien qu'ici comme en matière de représentation judiciaire (*D.*3,3, 35,3), la *defensio* visée en première ligne est la *defensio in jure*. Le but attribué par Ulpien 77 *ad ed.* (*D.* 46, 4, 20: *ut res judicari possit*) à la *cl. ob r. n. d.* n'est exact que si cette clause se rapporte principalement à la *defensio in jure*. *D.* 46, 7, 13, *pr.* contient certainement une application de la *cl. ob r. n. d.* à l'*indefensio in judicio*, mais suppose précisément qu'on a eu recours à la procédure de l'*eremodicium*. *D.* 46, 7, 11 (Paul 74 *ad ed.*) vise vraisemblablement un cas du même genre, mais s'explique probablement par un intérêt qu'avait le demandeur à agir immédiatement contre les *sponsores* en vertu de la *cl. ob r. n. d.*, plutôt que de poursuivre la condamnation du *possessor* dans la revendication. La défense entreprise par les *sponsores* en cas d'*indefensio in judicio* (*D.* 3, 3, 42, texte d'ailleurs relatif à la *C. J. S.*) s'explique par le désir qu'ont ces garants d'éviter, si possible, la condamnation inéluctable en l'absence de tout défendeur *in judicio* ; leur intervention a donc pour but d'écarter l'application de la *cl. ob r. j.* et non celle de la *cl. ob r. n. d.*

(2) Gaius, 4, 89.

pour élément principal la *cl. ob r. j.* à laquelle se rattachent à titre d'accessoires les *cl. ob. r. n. d.* et *de dolo* ? (1) La *C. J. S.* aurait-elle, à la différence de la *C. P. P. L. V.*, un caractère pénal tellement accusé que le préteur n'eût pas hésité à consacrer ici l'efficacité cumulative des *cl. ob. r. j.* et *ob r. n. d.* dans la même personne ? Quel serait, en pareil cas, le motif de l'innovation consacrée pour la *C. J. S.* ? L'identité de but de nos deux institutions n'implique-t-elle pas que celles-ci aient, à cet égard, une parfaite identité de caractère ? La *C. J. S.* ne nous est-elle pas d'ailleurs présentée comme une stipulation exclusive d'indemnité par un texte *D.* 46, 7, 14, 1 (Julien, 55 *Dig.*), où aucune raison décisive ne permet de soutenir que *judicatum solvi* est interpolé pour *pro praede litis et vindiciarum* (2)? Quoiqu'il en soit de ce texte, il est inadmissible que les solutions qu'il rapporte aient pu être insérées dans le titre *judicatum solvi* à côté de celles qui attestent ce caractère de stipulation exclusive d'indemnité pour la *C.P.P.L.V.* (*D.* 46, 7, 3, 10. l. 4.1. 5, *pr.*) et écartent l'efficacité cumulative des différentes clauses de cette *cautio* (*D.* 46, 7, 5, 3), si la *C. J. S.* avait contenu un véritable élément pénal et avait obéi à des règles absolument divergentes. Enfin, les règles qui régissent le défaut *in judicio* n'ont-elles pas été à toute époque les mêmes pour la procédure *per sponsionem* et pour la procédure *per formulam* (3)?

Notre conclusion est donc que pour assurer dans la *C. J. S.* à nos deux *clausulae ob r. j.* et *ob r. n. d.* une efficacité simplement alternative, le préteur a dû avoir recours au même procédé de construction que dans la *C. P. P. L. V.* et dans la *C. EX. O. N. N.* et ne relier les deux clauses que par un terme disjonctif.

3° Toute cette démonstration reçoit son couronnement dans la

(1) Nous aurions une preuve formelle en ce sens, si *D.* 46, 7, 21 (*Scaevola, lib. sing. quaest. publ. tract.*) se rapportait certainement à la *C. J. S.* Cette preuve expresse est fournie, à notre avis, par *D.* 46, 7, 13, *pr.* que nous rattachons à la *C. J. S.*

(2) V. Lenel, *Pal. J. C.*, 1, col. 461 n. 3. L'ordre de l'édit implique que Julien s'occupait à cet endroit de la *C. P. P. L. V.*; mais nous savons, d'autre part, d'une façon certaine par *D.* 6, 1, 55 rapproché de 46, 5, 2, 2 (v. plus haut, p.335) que ce jurisconsulte traitait également de la *C. J. S.* dans ce même livre.

(3) Notamment, la *C. J. S.* qui existe déjà à l'époque de Cicéron (*Pro P. Quinct.*, 7, 29. 8 30, etc. *In Verr.*, 2, 24, 60) a certainement été construite à une époque où l'*indefensio in judicio* aboutissait encore après quelques heures d'attente à la condamnation du défaillant.

preuve que *D.* 46, 7, 13, *pr.* (Ulpien, 7 *Disput.*), qui atteste l'efficacité alternative des deux clauses *ob r. j.* et *ob r. n. d.* et leur groupement dans une proposition unique à l'aide d'un terme disjonctif, concerne non pas la *C. P. P. L. V.*, comme le soutient Lenel, mais la *C. J S.*

La première raison qu'il nous est permis d'invoquer en ce sens, bien qu'elle ne doive pas rallier tous les suffrages, est que notre texte vise une hypothèse de *cognitio extra ordinem* pour laquelle la seule *cautio* usitée fut la *C. J. S.* (1). Ulpien suppose, en effet, que l'*indefensus* a été condamné *ex eremodicio*. Cette mention de l'*eremodicium* prouve d'abord qu'il s'agit ici d'une *desertio litis contestatae* (2). Elle établit, en outre, à raison même de la forme dans laquelle elle a lieu, qu'il s'agit ici de la procédure spéciale de citations répétées qui aboutit à une sentence du juge, rendue après examen du fond de

(1) La *C. J. S.* resta, en effet, seule en usage, lorsque la procédure de *cognitio extra ordinem* se fut généralisée.

(2) Pour établir ce sens du mot *eremodicium*, Kipp dans Pauly-Wissowa, *Realencycl.*, v° *eremodicium* ne cite que D. 3, 5, 30 (31), 2 ; mais ce texte ne peut, à notre avis, être rattaché à la procédure de l'*eremodicium* que par une argumentation longue et fortement conjecturale qui diminue considérablement la force probante de ce fragment. Il y a en ce sens des témoignages beaucoup plus nets et tout à fait décisifs. *D.* 42, 1, 53, 1 (Hermogénien) indique que celui-là est *contumax* qui refuse sciemment de comparaître en justice malgré les citations répétées de l'*eremodicium*. Or, *D.* 42, 1, 54, 1 (Paul) laisse entrevoir qu'il n'y a *contumacia* en ce sens qu'autant qu'il y a eu *lis inchoata*, c'est-à-dire *contestata*. En outre de *C. J.*, 3, 1, 13 §§ 1. 2. 5 il résulte que Justinien réglemente la procédure de l'*eremodicium* pour que les procès ne traînent pas en longueur plus de trois ans *post litem contestatam*. Rien dans le langage de cet empereur n'indique qu'il modifie le champ d'application de cette procédure : il est donc permis d'en conclure que Justinien suit la tradition, lorsqu'il ne fait fonctionner l'eremodicium que postérieurement à la *litis contestatio* : Harménopule, Πρόχειρον Νόμων, 1, 4, 11, s'inspirant, comme le remarque très justement Hartmann, *Contumacialverfahren*, p. 125, non pas de D., 5, 1, 68 — 73, mais de *C. J.*, 3, 1, 13, présente expressément la procédure des édits successifs comme ne s'appliquant qu'à celui qui fait défaut postérieurement à la *litis contestatio* : μετὰ προκαταρξιν. *D.* 46, 7, 13, *pr.* peut également être invoqué ici, si l'on interprète *eremodicium* dans le sens indiqué au texte. Sur cette question, cfr. notamment Cujas, *Op.* éd. Naples, 1722, t. I, col. 995 Les critiques formulées par Hartmann, *Contumacialverfahren*, p. 124 et sv. contre certains de ces arguments ne sont pas convaincantes ; elles proviennent de conceptions que nous croyons erronées sur l'étendue de la notion de *contumacia* et sur les conséquences du défaut *in jure*.

l'affaire. En effet, dans la formule « *ex eremodicio sententiam passus est* », le mot *eremodicium* n'a pas son sens étymologique de *lis deserta* (1), mais désigne, comme dans la constitution de Justinien au *C. J.*, 3, 13, 3. 4 (2), la procédure récente organisée pour le défaut *in judicio* (3). Si Ulpien avait pris ce mot simplement dans son acception de *lis deserta*, il eût employé la préposition *ob* de préférence à la préposition *ex*. De même, l'expression *passus est* convient mieux à une condamnation prononcée après les mesures préliminaires et comminatoires des citations répétées, qu'à une condamnation immédiate, conséquence mécanique du défaut *in judicio*. Le sens du mot *eremodicium* étant ainsi fixé, il est tout naturel de se demander si cette circonstance de l'hypothèse examinée par *D.* 46, 7, 13, *pr.* n'implique pas qu'il s'agit ici d'un cas de *cognitio extra ordinem* (4).

La question est délicate à raison de l'incertitude qui plane encore sur beaucoup de points de l'évolution qui amena le remplacement progressif de la procédure formulaire par les *cognitiones extra ordinem*. De très sérieux arguments rendent cependant vraisemblable que la procédure de l'*eremodicium* n'a jamais fonctionné que dans le système des *cognitiones*.

D'anciens auteurs (5) avaient déjà remarqué que des trois modes de citations usités dans l'*eremodicium* (6) deux, les *litterae* et les *edicta* ne conviennent qu'à la procédure extraordinaire, parce qu'elles sont des citations à comparaître émanant du magistrat. Quant aux *tres denuntiationes* dont parle Paul, c'est une question très délicate de savoir s'il s'agit uniquement ici de *denuntiationes* privées, possibles par suite dans la procédure de l'*ordo judiciorum privatorum*, ou s'il s'agit, au contraire, de *denuntiationes* faites

(1) Ἔρημος δίκη.

(2) *C. J.*, 3, 13, 3 : « *eremodicium contrahatur* »; 4 : « *eremodicium ventilatur* ».

(3) En ce sens déjà, Doneau, *Comment. de J. C.*, 18, 14, 23. Il serait intéressant de connaître l'histoire du mot *eremodicium*. Les différents lexiques (Brisson, Dirksen, Forcellini, Freund et Theil, Heumann) ne citent comme exemples que les rares textes des compilations de Justinien où ce mot se rencontre (*D.* 4, 4, 7, 12. 46, 7, 13, *pr. C. J.*, 3, 13, 3. 4. *Nov.* 69, 3, *pr.*).

(4) En faveur de l'affirmative, v. notamment Girard, *Manuel* [4], p. 1029; Kipp dans Pauly-Wissowa, *Realencycl.*, v° *eremodicium*.

(5) V. en ce sens les hésitations de Bethmann-Hollweg, *Civilprozess*, 2, 606.

(6) Paul, 5, 5 A, 6 : « *Trinis litteris vel edictis aut uno pro omnibus dato aut trina denuntiatione conventus...* »

sous l'autorité du magistrat (*ex auctoritate*) et qui appartiendraient comme les deux autres procédés au système des *cognitiones extra ordinem*. En faveur de cette dernière conjecture, on peut faire valoir que dans les textes où la *denuntiatio* est citée sur la même ligne que les *edicta* et les *litterae*, il s'agit certainement (1) ou probablement 2) de *cognitiones extra ordinem* et que les *Frag. Vat.*, 167, prouvent, si l'on adopte la lecture proposée par Mommsen dans sa seconde édition (3), que la simple *denuntiatio* privée n'avait pas dans la procédure de *cognitio* pour effet de contraindre l'adversaire à comparaître sous peine de voir l'affaire tranchée en son absence, mais que seule une *denuntiatio ex auctoritate* avait cette efficacité (4). Ces considérations rendent vraisemblable que Paul fait ici allusion aux *denuntiationes* usitées dans la procédure extraordinaire et qu'au moins l'une de ces trois dénonciations, ayant un caractère comminatoire, devait être faite *ex auctoritate* 5.

Cette argumentation a été fortement renforcée le jour où Pernice (6) est venu établir que la règle *post meridiem praesenti litem addicito* avait subsisté non seulement pendant toute la période des *legis actiones* (7), mais encore, sauf un recul de l'heure introduit probablement par l'édit, sous le système formulaire (8) et jusqu'à la fin de l'époque classique (9). Le champ d'application de cette règle a dû être naturellement le même que jadis, c'est-à-dire celui de l'*ordo judiciorum privatorum*. La procédure plus douce de l'*eremodicium*

(1) *D.* 48, 19,5, *pr. Fraj. Vat.*, 167. Cpr. D. 49, 1, 23, 3.

(2) D. 40, 5, 26, 9. Cf. Kipp, dans Pauly-Wissowa, *Realencycl.*, t. 5, col. 224.

(3) *Collect. libr. jur. antejust.*, t. 3 (1890).

(4) V. Kipp, *Litisdenuntiatio*, p. 128 et dans Pauly-Wissowa, *Realencyclop, v° Denuntiatio*, n° 6; Baron, *Denuntiationsprozess*, p. 18.

(5) Je ne puis songer à traiter ici d'une façon complète la matière, encore si pleine d'incertitudes, de la *litis denuntiatio* et de ses rapports avec la procédure de l'*eremodicium*. L'opinion émise dans le texte de cet article me paraît être celle qui correspond le mieux aux résultats des derniers travaux, notamment de ceux de Baron et de Kipp.

(6) *Z. S. St.*, 14 (1893), 160.

(7) *D.* 5, 2, 17, 1.

(8) Cicéron, *In Verr.*, 2, 17, 41.

(9) Pernice cite en ce sens *D.* 4, 4, 8 (Hermogénien); *D.* 17, 2, 52, 18 (Ulpien); *D.* 42, 8, 3, 1 (Ulpien). On peut ajouter à cette liste un texte encore plus significatif, parce qu'il établit expressément un lien de cause à effet entre la condamnation et l'absence du défendeur, c'est *D.* 21, 2, 55 (Ulpien): « *Si* IDEO *contra emptorem judicatum est,* QUOD *defuit....* »

était ainsi reléguée dans le système des *cognitiones extra ordinem* et les romanistes semblent, avec raison, la maintenir dans ces limites (1).

Notre démonstration ne doit pas s'arrêter ici. Il y a, même pour ceux qui sont portés à admettre l'application de la procédure de l'*eremodicium* dans le système de l'*ordo judiciorum privatorum*, une raison de soutenir que notre texte vise bien la *C. J. S.* En effet, à la fin de ce fragment, Ulpien remarque que la *cl. ob r. n. d.* perd toute utilité, si le procès prend fin sans jugement « VEL SOLUTIONE... VEL ACCEPTILATIONE ». La mention du paiement et de l'acceptilation pour l'extinction du droit litigieux prouve que le jurisconsulte n'excluait pas de son examen les actions personnelles et s'occupait par conséquent de la *C. J. S.* et non de la *C. P. P. L. V.*

Tout ce raisonnement trouve un dernier appui dans ce fait que le § 1 de cette même loi 13 s'occupe certainement de la *C. J. S.*

Si *D.* 46, 7, 13, *pr.* appartient à la matière de la *C. J. S.*, il en résulte que les deux chefs *ob r. j.* et *ob r. n. d.* de cette *cautio* étaient réunis dans une clause unique et reliés entre eux par un terme disjonctif, de telle façon qu'ils ne pouvaient produire effet qu'alternativement et non pas cumulativement. C'est donc la preuve directe que la *C. J. S.* avait la même contexture générale que la *C. P. P. L. V.*

III

Jusqu'ici la *clausula de dolo* a été écartée intentionnellement du débat à raison des difficultés particulières qu'elle soulève, il convient maintenant que nous fixions notre attention sur elle.

Si nous en croyons le témoignage de Lenel (2), la promesse *de dolo* ne formerait, dans la *C. P. P. L. V.*, avec les conditions *ob r. j.* et *ob r. n. d.* qu'une seule clause terminée par la promesse d'une quantité unique (*quanti ea res erit*) et serait reliée aux deux autres conditions par la particule disjonctive *ve*, de telle façon qu'elle serait également dans un rapport d'alternative avec celles-ci (3). Dans la *C. J. S.*

(1) Wlassak, Pauly-Wissowa, 1, p. 121 ; Girard, *Manuel*[4], p. 1029 n. 3.; *Kipp*, Pauly-Wissowa, 6, p. 418.

(2) *E. P.*, 2, p. 274 ; p. 280.

(3) Cette conjecture de Lenel repose sur *D.* 46, 7, 5, 2 (Ulpien 77 *ad ed.*): « *In hac stipulatione quia* PLURES *causae sunt* UNA QUANTITATE *conclusae, si committeretur statim stipu-*

la clause *de dolo* serait absolument distincte des deux autres; elle serait ordinairement rédigée dans la forme « *dolum malum abesse afuturumque esse* », efficace seulement au cas où le dol est commis par le promettant principal ou ses héritiers, mais pourrait, si les intéressés en manifestaient le désir, revêtir la forme « *cui rei dolus malus non abest non afuerit, quanti ea res erit* », dont l'effet se produit même quand le dol émane d'un tiers (1).

Ces conjectures de Lenel soulèvent une double difficulté.

On se demande tout d'abord s'il est exact que la *C. P. P. L. V.* n'ait connu qu'une forme de la promesse *de dolo*, précisément celle qui assurait un recours dans tous les cas de dol, tandis que le préteur admettait pour la *C. J. S.* deux formules de *cl. d. d. m.*, ayant chacune une portée différente. La question qui se pose tout naturellement à l'esprit, en présence de cette affirmation, est celle de savoir quels sont les motifs qui ont pu pousser le préteur à agir ainsi. Comme nous l'avons déjà dit, la rédaction de nos deux *cautiones* n'est pas le résultat d'un caprice ou d'un hasard ; les formes proposées correspondent à une intention réelle du préteur. Or, on comprend très bien que ce magistrat, après avoir adopté la forme « *dolum malum abesse afuturumque esse* », par laquelle le promettant principal ne s'engageait que pour lui et ses héritiers, ait constaté l'utilité d'accorder dans certains cas au demandeur une garantie contre le dol de personnes étrangères à la *cautio*. Ce besoin se fit notamment sentir toutes les fois où le défendeur plaidait par représentant. En effet, s'il s'agissait d'un *cognitor*, la *cautio* était fournie par le *dominus* et le demandeur n'était pas protégé contre le dol du représentant ; s'il s'agissait d'un *procurator*, la *cautio* était fournie par ce dernier et n'accordait au demandeur aucun recours en cas de dol commis dans le procès par le principal intéressé, par le *dominus*. En dehors même des cas de représentation judiciaire, on pouvait également redouter que les *sponsores*, poussés par leur intérêt, ne se laissassent entraîner à entraver le procès ou à le faire échouer en tout ou en

latio ex uno casu, amplius ex alio committi non potest ». Comme le remarque très justement Lenel, le mot *plures* ne peut s'entendre que d'un chiffre supérieur à deux et *D.* 46, 4, 20 (Ulpien 77 *ad ed.*) confirme cette interprétation. D'où *D.* 46, 7, 5, 2 vise bien la promesse *de dolo* de la *C. P. P. L. V.*

(1) *D.* 46, 7, ,19 (Venuleius 9 *stipulat.*) qu'il faut rapprocher de *D.* 45, 1, 38, 13 (Ulpien 49 ad *Sab.*) et de *D.* 50, 16, 69 (Ulpien 78 *ad ed.*)

partie. Le préteur para à ces différents dangers en proposant la formule « *cui rei dolus malus non abest non afuerit, quanti ea res erit* » ou une formule analogue qui produisait son effet quel que fut l'auteur du dol (1).

Ce processus de l'évolution du droit romain, en concordance parfaite avec la conjecture de Lenel sur la *C. J. S.*, nous paraît devoir être admis également pour la *C. P. P. L. V.* Nous ne pouvons croire que le préteur ait adopté en premier lieu dans la *cautio* la plus ancienne, donc dans la *C. P. P. L. V.*, la formule la plus large contenant même une clause de porte-fort pour autrui, et qu'il ait ensuite introduit dans la *cautio* plus récente, qu'il calquait en grande partie sur son aînée, une formule d'une portée plus restreinte. Il est beaucoup plus probable que la forme originaire a été dans la *C. P. P. L. V.*, comme dans la *C. J. S.*, la promesse « *dolum malum abesse afuturumque esse* », plus conforme aux règles anciennes du droit des obligations.

La raison pour laquelle Lenel écarte de la *C. P. P. L. V.* cette forme de la promesse *de dolo* est facile à trouver : c'est qu'il devient avec elle très difficile, sinon impossible, de construire une formule ayant comme couronnement final des trois conditions posées une promesse unique de *quanti ea res erit*. Admettre la possibilité de cette forme dans la *C. P. P. L. V.* serait, pour lui, faire une large brèche à sa conjecture sur la contexture générale de cette *cautio* et *D.* 46, 7, 5, 2 lui paraît s'y opposer.

Les interprètes du droit romain ont depuis longtemps remarqué qu'il fallait se méfier des affirmations, d'un caractère trop absolu, des jurisconsultes romains. Le « *quia* PLURES *causae sunt* UNA QUANTITATE *conclusae* » de *D.*46, 7, 5, 2 nous semble être une de ces affirmations générales qui demande à être sainement entendue. Mais, avant d'indiquer le sens que nous attribuons à ce passage, il convient d'examiner la seconde difficulté que les conjectures de Lenel soulèvent relativement à la promesse *de dolo*.

Cette nouvelle difficulté découle également de *D.* 46, 7, 5, 2 où Ulpien, après avoir parlé des *plures causae* de la *C. P.P. L. V.*, ajoute « *si committeretur statim stipulatio ex uno casu, amplius ex alio committi non potest* ». Ce texte fait surgir le problème des rapports de la

(1) Voir les variantes attestées par les trois textes cités p. 344, n. 1.

promesse *de dolo* avec les autres conditions de la stipulation, au point de vue des effets. Faut-il maintenir ici la conjecture de Lenel, d'après laquelle la promesse *de dolo* n'est efficace dans la *C. P. P. L. V.* qu'à l'exclusion des deux autres, tandis que cette même promesse cumulerait, dans la *C. J. S.*, son effet avec celui des deux autres clauses ? Ou bien faut-il ici, comme pour les rapports de la *cl. ob r. j.* et de la *cl. ob r. n. d.*, écarter toute différence entre nos deux cautions ? Sur ce point encore, une réponse ne peut être donnée qu'à la condition de découvrir les raisons de fond qui auraient pu provoquer une différence de rédaction entre nos deux cautions. Cette recherche conduit de nouveau à la constatation qu'à raison de l'identité de but des deux institutions et de l'identité partielle des circonstances dans lesquelles elles fonctionnent aucune différence ne doit exister entre elles à cet égard.

Toute la question se ramène ici à déterminer l'utilité de la promesse *de dolo* et à rechercher si les différentes fonctions de cette clause impliquent ou non que son efficacité se cumule avec celle des autres clauses. L'absence presque complète de témoignages sur le rôle de la promesse *de dolo* dans notre matière rend la solution du problème particulièrement délicate (1).

La seule application pratique de la *clausula de dolo* qui soit directement attestée par les textes est celle où une personne se présente

(1) Nous ne relevons ici que pour mémoire l'opinion soutenue avec certaines divergences par Savigny, Wetzell et plusieurs autres romanistes (v. indications bibliographiques dans Schirmer, *Judicialstipulat.*, p. 6-7) et d'après laquelle les éléments personnels contenus dans les actions réelles s'expliqueraient par ce fait que dans ces actions la *C. J. S.* servait de base à la *litis contestatio*. C'est notamment dans une interprétation, parfois très large, de la *cl.d.d. m.* de cette *cautio* que le juge de l'action réelle aurait puisé le pouvoir de condamner celui « *qui dolo desiit possidere* » ou celui « *qui se liti obtulit* » et d'étendre sa condamnation à certaines détériorations et à certains fruits. Dans un pareil système, la *cl. d. d. m.* combine toujours son effet avec celui de la *cl. ob r. j.* La fausseté de cette conjecture a été magistralement établie par Schirmer, *Judicialstipulat.*, dont l'écrit tout entier est principalement consacré à ce but. Cet auteur a démontré d'une façon péremptoire que la *C. J. S.* et la *litis contestatio* des actions réelles sont complètement distinctes l'une de l'autre, que la première a pour sanction l'*actio ex stipulatu*, tandis que la seconde donne naissance à une *obligatio judicati* conditionnelle qu'on fait valoir en justice par l'*actio judicati* si la condition se réalise. Enfin, les éléments personnels des condamnations prononcées dans les actions réelles, que Savigny et Wetzell rattachent à la *C. J. S.*, sont directement reliés par les textes non pas à cette *cautio*, mais à l'*officium judicis*.

par dol pour défendre à une action réelle, bien qu'elle n'ait pas la possession (1). L'un de ces textes, *D.* 4, 3, 39 parle expressément de la *C. J. S.* et il n'y a aucune raison pour soutenir que *j. s.* est ici interpolé pour *p. p. l. v.* Les deux autres textes *D.* 5, 3, 13, 13 et *D.* 5, 3, 45 s'occupent de la pétition d'hérédité où l'emploi de la procédure *per sponsionem* était au moins fréquent, ce qui permet de les rattacher avec de grandes probabilités à la *C. P. P. L. V.*

Rien de surprenant d'ailleurs à ce que la *cl. de dolo* reçût cette application dans nos deux *cautiones*. L'utilité en fut incontestable jusque vers le milieu du second siècle de l'ère chrétienne, tant que la revendication et la pétition d'hérédité ne purent pas aboutir à la condamnation de celui « *qui se liti obtulit* » (2).

Cette application a dû se maintenir même après cette époque, dans le cas où un non possesseur, après s'être présenté par dol au procès, se retirait avant la *litis contestatio*. Celui-ci ne pouvait pas en pareil cas être condamné dans l'action principale (3); son intervention avait pu cependant causer un préjudice au demandeur en permettant l'achèvement de l'usucapion ; un recours au moyen d'une action *ex stipulatu* fondée sur la *cl. de d.* était tout naturel.

Cette efficacité de la *cl. d. d. m.* ne peut, du reste, soulever aucune difficulté ; elle a lieu à l'exclusion de tout effet des autres clauses, ce qui est conforme à la rédaction de la *C. P. P. L. V.* proposée par cet

(1) *D.* 5, 3, 13, 13 = 5, 3, 45 (Celsus 4, *Dig.*). *D.* 4, 3, 39 (Gaius, 27 *ad ed. prov.*) est entendu par les rédacteurs des *Digesta* et des *Basiliques* comme donnant dans ce cas l'*actio de dolo* ; mais cette interprétation, qui leur est imposée par la suppression à l'époque de Justinien (*Inst.* 4, 11, 2,) de la *C. J. S.* dans les actions réelles, est certainement erronée car elle enlève toute utilité à la mention spéciale de la *C. J. S.* faite dans ce texte et se heurte à la règle d'après laquelle l'*actio de dolo, ultimum subsidium,* ne pouvait pas être accordée par le préteur dans un cas où l'*actio ex stipulatu* fondée sur la *cl. de d. m.* était possible (*D.* 4, 3, 7, 3). Il faut donc admettre avec Schirmer, *Judicialstipulat.*, p. 165 ; Demelius, *Exhibitionspflicht*, p. 192 et Lenel, *Pal. J. C.* Gaius, 364, que les mots « *de dolo malo tamen teneberis* » visaient dans la pensée de Gaius cette *actio ex stipulatu.* Cette démonstration est intéressante pour l'histoire de la revendication, parce qu'elle rend vraisemblable qu'à l'époque où Gaius écrivit son commentaire sur l'édit provincial, c'est-à-dire au plus tard sous Antonin le Pieux, la revendication n'aboutissait pas encore à une condamnation, quand l'action était dirigée contre un défendeur qui s'était offert par dol au procès.

(2) Le premier jurisconsulte qui atteste la possibilité d'une condamnation dans ce cas est Marcellus (*D.* 5, 3, 13, 3 et 6, 1, 25).

(3) *D.* 6, 1, 25.

auteur et ce qui se concilie bien avec l'indépendance des *clausulae* de la *C. J. S.*, affirmée par lui ; car cette indépendance qui permet l'effet cumulatif des diverses conditions n'empêche pas une efficacité exclusive, lorsque des raisons de fond imposent celle-ci.

Il est également permis, pour les mêmes raisons, d'admettre avec autant d'aisance dans nos deux *cautiones* une autre application de la *cl. de d. m.*, que ne mentionne aucun texte, mais qui est cependant très vraisemblable. Il s'agit de l'hypothèse voisine de la précédente où l'action réelle est dirigée contre un possesseur qui a cessé par dol de posséder. Un tel défendeur échappa pendant longtemps, peut-être même jusqu'au début du second siècle (1), à toute condamnation dans l'action principale. Le préteur avait donc intérêt à permettre ici un recours par une *actio ex stipulatu* fondée sur la *cl. de d. m.* Une application analogue de cette *clausula* dans la *cautio si cui plus, quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur* (2) donne tout lieu de croire que le magistrat romain a consacré la même jurisprudence dans notre matière. Ici encore, il ne s'agit que d'une efficacité exclusive de la *cl. de d. m.*, parfaitement conciliable avec les conjectures de Lenel.

Les difficultés ne commencent réellement qu'au moment où l'on recherche si cette *cl. de d. m.* ne peut pas combiner son effet avec celui des autres clauses. N'est-il pas logique tout d'abord que cette *clausula de dolo*, efficace en cas de perte totale survenue par dol, le soit également, lorsque la perte est simplement partielle ou ne consiste que dans une détérioration ? Supposons, par exemple, qu'à l'époque où le droit romain n'admettait pas encore que le défendeur pût, dans une action réelle, être condamné pour les pertes ou détériorations antérieures à la *litis contestatio*, même si elles provenaient du dol de ce plaideur, celui-ci ait par dol, entre la prestation de la *C. P. P. L. V.* ou de la *C. J. S.* et de la *litis contestatio* (3), dégradé

(1) V. notamment, Girard, *Manuel* [1], p. 340 n. 1.

(2) *D.* 35, 3, 1, 15. 3, *pr.* (Ulpien 79 *ad ed.*).

(3) Nous posons comme condition de l'hypothèse que le dol ait été commis postérieurement à la conclusion de la *cautio*. Cette restriction est imposée par les termes mêmes de la *clausula de dolo*, quelle que soit la forme employée : « *dolum malum abesse afuturumque esse* » ou « *cui rei dolus malus non abest non afuerit* ». L'interprétation que nous proposons de ces termes est d'ailleurs consacrée par *D.* 46, 7, 19, 2 (Venuleius, 9 *stipulat.*) : « *Doli autem mali clausula, sicut reliquae stipulationes, in quibus tempus nominatim adjectum non est,* AD PRINCIPIUM STIPULATIONIS refertur. »

l'objet revendiqué, le demandeur n'aura-t-il pas la faculté de réclamer par l'*actio ex stipulatu*, en dehors du montant de la condamnation, dû à raison de la *clausula de re judicata*, une indemnité correspondante au montant de la détérioration et dûe à raison de la *clausula de dolo ?*

Supposons encore que le juge de l'action réelle n'ait pas tenu compte, dans sa condamnation, de détériorations postérieures à la *litis contestatio*, parce que le demandeur n'a pas pu prouver qu'elles provenaient d'un dol du défendeur. Ce demandeur n'aura-t-il pas la faculté, si le dol est découvert postérieurement à la sentence, d'intenter l'*actio ex stipulatu* en se prévalant de la *cl. d. d. m.* de la *C. P. P. L. V.* ou de la *C. J. S. ?*

N'est-il pas permis enfin de se demander, si la *clausula de dolo* n'a pas ici pour effet, comme dans les autres stipulations, d'atténuer le caractère de droit strict du contrat et de donner au juge, pour l'interprétation des différentes clauses de la stipulation, un plus large pouvoir d'appréciation qui rappelle celui du juge des actions de bonne foi ? (1) Admettons, par exemple, qu'un possesseur de mauvaise foi ait, postérieurement à la prestation de la *C. P. P. L. V.* ou de la *C. J. S.*, détérioré intentionnellement la chose revendiquée, puis ait fait défaut *in jure*, le demandeur ne pourra-t-il pas, en dehors d'une indemnité égale à la valeur de la chose au moment du défaut et à laquelle il a droit en vertu de la *clausula de re defendenda*, obtenir, en se prévalant de la *clausula de dolo*, que la condamnation comprenne également des dommages-intérêts pour les détériorations causées par dol à l'objet, antérieurement au défaut? Qu'on rattache ce résultat à une réaction de la *clausula de dolo malo* sur l'interprétation du *quanti ea res erit* de la *clausula de re defendenda*, ou qu'on l'explique par la réunion d'effets distincts de ces deux *clausulae*, il reste toujours exact que dans cette hypothèse, comme dans celles qui la précèdent immédiatement, la *clausula de dolo* est appelée à cumuler ou à combiner son effet avec celui d'une autre clause. Nous sommes ainsi toujours ramené à la question fondamentale qui est de savoir si ce cumul ou cette combinaison d'effets était possible.

La réponse ne peut faire aucun doute pour la *C. J. S.* telle que la

(1) V. sur cette question Karlowa, *Röm. Rechtsgesch.*. 2, p. 711-712 et les auteurs cités à cet endroit.

construit Lenel : l'indépendance de la *cl. d. d. m.* permet ici ce cumul d'effets. La rédaction alternative affirmée pour les trois promesses de la *C. P. P. L. V.* implique, au contraire, une solution divergente pour cette dernière. Et cependant aucune raison de fond ne peut, à notre avis, justifier dans les dernières hypothèses précitées une différence de traitement entre nos deux institutions. Les raisons d'équité invoquées pour justifier l'application de la *cl. d. d.m.*, en cas de perte partielle ou de détériorations survenues par suite d'un dol *pendente lite*, cessent-elles d'être vraies, lorsque le procès se déroule non plus sous les formes de la procédure formulaire, mais sous celles de la procédure *per sponsionem ?* Est-il même convenable que le préteur, en insérant la *cl. d. d. m.* dans la *C. P. P. L. V.*, ait pris soin, par la rédaction employée, de priver cette clause de son effet ordinaire dans toute stipulation, qui est de donner éventuellement au juge un plus large pouvoir d'appréciation dans l'interprétation du contrat tout entier ?

Le but même de nos deux cautions fournit un argument précieux à l'appui de notre thèse. Nos deux cautions, qui sont exclusivement des stipulations d'indemnité, comme nous l'avons dit plus haut, tendent à assurer au demandeur la réparation intégrale du préjudice que lui cause la violation de droit, source du procès. C'est précisément pour éviter toute surprise et garantir ce demandeur contre toute manœuvre dolosive préjudiciable qui serait accomplie au cours du procès que le préteur a inséré dans nos cautions une *clausula de dolo* (1). Celle-ci produit un effet exclusif ou complémentaire, suivant que le dol commis a eu pour effet d'empêcher l'arrivée des conditions contenues dans la *clausula de re defendenda* et dans la *clausula de re judicata* ou a simplement diminué l'efficacité de l'une ou de l'autre de ces clauses. On peut même conjecturer avec Schirmer (2), en partant du but de nos deux cautions, que des recours successifs ont été possibles en vertu de la *clausula de dolo* chaque fois qu'on a découvert un nouveau préjudice ayant pour cause le dol du défendeur ou de son héritier, ou même le dol d'un tiers, si cette

(1) *D.* 45, 1, 53 (Julien, 16 *Dig.*): *doli autem clausula ad ea pertinent, quae in praesenti occurrere non possint et ad incertos casus pertinent.*»

(2) *Judicialstipulationen*, p. 158.

clause a été rédigée dans la forme : « *cui rei dolus malus non abest non afuerit* » (1).

C'est d'ailleurs également à ce caractère exclusif de stipulation d'indemnité qu'il faut demander l'explication du texte d'Ulpien (*D.* 46, 7, 5, 2), source de nos difficultés pour la *C. P. P. L. V.* (2). Les deux affirmations contenues dans ce texte : « *quia plures causae sunt una quantitate* » et « *si committeretur statim stipulatio ex uno casu, amplius ex alio committi non potest* » visent l'hypothèse normale où la *cl. d. d. m.* de la *C. P. P. L. V.* contient les mots *quanti ea res erit* (3) et où le demandeur obtient par le jeu d'une seule clause la réparation intégrale du préjudice subi ; mais toutes deux comportent des exceptions, comme nous l'avons vu plus haut. La vraisemblance de ces exceptions, établie déjà par les arguments précédemment cités, apparaît encore plus nettement, lorsqu'on détermine le véritable lien qui unit ces deux affirmations. La fameuse règle « *si committeretur statim stipulatio...* » ne doit pas être considérée comme découlant seulement de la forme employée « *quia plures causae sunt una quantitate conclusae* »; car le préteur n'eut pas employé une forme qui eût entraîné des conséquences contraires au but qu'il poursuivait. Les mots *una quantitas* laissent entrevoir la raison de fond qui justifie cette règle. Ils signifient que les différentes clauses de la *cautio* n'ont d'autre but par leur réunion que d'assurer au demandeur une quantité égale au *quanti ea res erit*. Cette quantité ne peut être payée qu'une seule fois, car abstraction faite de l'obligation de payer le double des fruits qui peut prendre naissance dans certains cas, la *C. P. P. L. V.* a, comme la *C. J. S.*, le caractère exclusif de stipula-

(1) On ne pourrait pas objecter que dans cette dernière forme tout fait de dol, quelle que soit l'importance du préjudice causé, donne droit, à raison des mots « *quanti ea res erit* » à une indemnité égale à la valeur du litige ; car ces mots qui sont souvent interprétés dans les stipulations prétoriennes comme visant le *quod interest* (*D.* 39, 1, 21, 7 ; *D.* 46, 8, 19) ont toujours ce sens dans les *cl. de d. m.* (*D.* 46, 8, 19).

(2) Il est à remarquer qu'aucun texte n'affirme que la *cl. d.d.m.* est rattachée aux précédentes par le terme disjonctif *aut* ou *sive*. *D.* 46, 7, 13, *pr.* ne mentionne l'emploi d'un pareil terme que pour la liaison de la *cl. ob r. n. d.* et de *cl. ob r. j.*

(3) Nous avons montré plus haut (p. 344-345) la très grande importance pratique de cette forme de la *cl. d. d. m.* Son utilité existe même dans tous les cas, puisqu'il est prudent de se prémunir contre le dol des *sponsores*, qui sont intéressés à entraver le procès ou à le faire échouer en tout ou en partie.

tion d'indemnité. D'où, lorsque l'une des conditions aura, par sa réalisation, procuré au demandeur une indemnité intégrale, les autres clauses perdront toute utilité. Le motif de cette règle en indique l'exacte portée ; il implique notamment que la *clausula de dolo*, dont le but est précisément de protéger le demandeur contre tout dol préjudiciable, puisse cumuler ou combiner son effet avec celui des autres causes et même produire des effets successifs pour assurer au stipulant une indemnité plus adéquate au préjudice subi.

IV

L'examen spécial des rapports de la *cl. d. d. m.* avec les autres clauses de la *C. P. P. L. V.* et de la *C. J. S.* complète les critiques que nous voulions adresser aux conjectures de Lenel sur la contexture générale de nos deux cautions. Des développements précédents, il résulte que la rédaction générale de nos deux *cautiones* présente les mêmes caractères ; que la *cl. ob r. j.* et la *cl. ob r. n. d.* sont dans l'une et l'autre *cautio* reliées par le terme disjonctif *aut* ou *sive* de façon à ne produire qu'un effet alternatif, mais qu'il n'en est pas de même de la *cl. d. d. m.*, dont l'effet peut se cumuler ou se combiner avec celui des autres clauses dans la *C. P. P. L. V.* comme dans la *C. J. S.*

A ces résultats nouvellement acquis, il convient d'ajouter ceux qu'une étude récente nous a fournis pour la *C. J. S* :

1° existence en tête de la formule d'une clause analogue à la *demonstratio* des actions personnelles incertaines et indiquant tant la cause pour laquelle la *cautio* est donnée que la *res de qua agitur* ;

2° caractère personnel de la *cautio* se manifestant par des énumérations symétriques de personnes dans la *cl. de re judicata* et dans la *cl. de re defendenda ;*

3° absence des *procuratores* du défendeur et des *sponsores* dans ces énumérations ;

4° présence dans la *cl. de re judicata* des deux fragments de formule rapportés par *D.* 50, 16, 158.

Nous arrivons ainsi à la restitution suivante de la formule de la *C. J. S* :

Quod fundum Tusculanum a te petiturus sum, si ea res a Sempronio judice quive in locum ejus substitutus erit secundum me heredem cogni-

torem procuratorem tutorem curatorem meum judicata erit, neque id, quod ob eam rem te heredem cognitorem tuum solvere oportebit, solutum erit, aut si ea res boni viri arbitratu a te herede cognitore tuo adversus me heredem cognitorem procuratorem tutorem curatorem meum defensa non erit, quamdiu res non defendatur (1), *quanti ea res erit, tantam pecuniam dari dolumque malum abesse afuturumque esse spondesne ? Spondeo.*

La finale pouvait, à partir des mots « *quanti ea res erit* », être modifiée comme suit : *cuique rei dolus malus non abest non afuerit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari spondesne ? Spondeo.*

(1) *D.* 46, 7, 15 (Africain 6 *quaest.*). Mommsen propose de corriger, dans ce texte *quamdiu* par *quando*. Nous préférons maintenir le mot *quamdiu* parce qu'il fait mieux ressortir le véritable caractère de la *clausula de re defendenda*. Celle-ci n'a pas pour but de punir le fait même du défaut, mais tend à procurer au demandeur, sans examen du fond de l'affaire, les satisfactions auxquelles il aurait droit, si la liaison contradictoire de l'instance lui eût permis d'obtenir une sentence favorable du juge. Il en résulte que l'*actio ex stipulatu* fondée sur cette *clausula* n'est pas possible par cela seul qu'il y a eu défaut au jour fixé pour la comparution (*si ea res... defensa non erit*), il faut en outre que cet état d'*indefensio* persiste et dure encore au moment où a lieu la *litis contestatio* dans cette *actio ex stipulatu* (*quamdiu res non defendatur*). Cette règle est attestée par *D.* 46, 7, 13, *pr.* l. 15 dont il faut rapprocher d'autres textes relatifs à la *C. P. P. L. V.*: *D.* 46, 7, 3, 10. l. 5, *pr.*

L'UNANIMITÉ ET LA MAJORITÉ

DANS LES ÉLECTIONS CANONIQUES

Par **A. ESMEIN**, Membre de l'Institut
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris
et à l'Ecole des Sciences politiques
Président de la section des Sciences religieuses à l'Ecole pratique
des Hautes Etudes

Le droit électoral de l'Eglise a une grande importance historique dans le haut moyen âge; presque seule elle usait de l'élection pour désigner ses dignitaires et ses chefs, et alors les quelques élections, qui se faisaient, par exception, dans l'ordre des pouvoirs séculiers, se modelaient naturellement sur les siennes. Plus tard, et surtout dans la période qui va du XI^me^ au XV^me^ siècle, la société laïque pratiqua plus largement les élections, soit pour la désignation des officiers municipaux, soit pour la constitution des assemblées représentatives, soit même, dans certains pays, pour le choix du roi ou de l'empereur. Ici encore, on imita largement le droit électoral de l'Eglise : quoique des systèmes divers et originaux se soient développés souvent, partout ce fut le droit canonique qui fournit les théories du droit électoral. La raison en est simple: c'est que lui seul avait de véritables théories, une doctrine savante en ces matières, comme sur tant d'autres points du droit public. Les canonistes avaient tourné et retourné ces questions avec un soin particulier.

Cependant l'Eglise a toujours répugné à suivre le génie naturel, à admettre le principe vrai de l'élection, c'est-à-dire la loi du nombre. Par la *confirmatio* nécessaire, qui, seule, parfait l'élection et qui revient au supérieur hiérarchique de l'élu, elle donne à ces supérieurs des pouvoirs plus étendus encore que ceux que revendiquent aujourd'hui nombre d'assemblées législatives dans la vérification des pouvoirs de leurs membres. Elle leur permettait souvent de certifier, parfois de mettre de côté, les votes de la majorité des électeurs. Elle n'a accepté la loi de la simple majorité absolue qu'avec peine et sur le tard, lorsque l'élection canonique avait perdu ses applications les plus importantes.

C'est là l'évolution que je me propose d'étudier rapidement. Cette étude rayonnera principalement autour des élections épiscopales; c'est le cas le plus important, en dehors de l'élection du Pape, qui a ses règles propres et que je laisserai de côté. C'est sur l'élection de l'évêque que se sont formées les principales règles du droit électoral canonique; c'est l'élection-type. Il faut ajouter cependant que

l'élection des évêques, une fois introduite dans l'église, n'a point fonctionné sans interruption jusqu'à sa disparition presque totale dans les temps modernes; on trouve au contraire des périodes multiples, pendant lesquelles elle est mise de côté et l'évêque est alors choisi par une autorité supérieure, par le Pape ou par le roi. Mais ce dernier point non plus ne rentre pas dans le cadre de cette étude.

§ 1. — L'élection unanime et informe

I

Les origines des élections épiscopales sont encore assez obscures et discutées (1). Mais c'est un problème que nous pouvons encore laisser de côté. A partir du v^me^ siècle au moins, elles sont bien établies en Occident. C'est dès lors une règle certaine et qu'on répètera pendant des siècles: l'évêque doit être élu et il est élu par le clergé et par le peuple, *a clero et populo*. Ce sont là les deux éléments constitutifs du corps électoral; mais, s'ils doivent s'unir dans une volonté commune, leur rôle n'est pas égal. Celui du clergé est supérieur.

Le clergé de la ville, qui au début était tout le clergé, resta toujours prépondérant dans les élections épiscopales. Lorsqu'il s'agissait de procéder à celles-ci, il avait à sa tête anciennement les évêques des cités voisines, accourus selon l'usage, afin de diriger et présider l'assemblée électorale. Plus tard ce fut un des évêques de la province, le *visitator*, nommé par l'accord du métropolitain et du roi, qui vint administrer le siège pendant la vacance et préparer l'élection, puis y présider (2). Le métropolitain et les évêques de la province pouvaient toujours s'y rendre. C'était le *clerus* ainsi entendu qui avait seul l'initiative; c'était d'après son choix que les candidatures étaient présentées à l'assemblée électorale et l'on va voir quelle importance avait le choix des candidats. Le peuple n'était en réalité appelé qu'à accepter et confirmer ce choix ou au contraire à le répudier. Cela apparaît très nettement dans Hincmar de Reims: Voici en quels termes il demande au roi Louis III, fils de Louis le Bègue, l'autorisation de procéder à l'élection de l'évêque de Beau-

(1) Sur cette question voyez : Jean Réville, *Les origines de l'épiscopat* ;—Sohm, *Kirchenrecht*, t. I ; — Imbart de La Tour, *Les élections épiscopales en France du* IX^e^ *au* XII^e^ *siècle*.

(2) Imbart de la Tour, p.2 et suiv.

vais : « Ut sacrae leges et regulae precipiunt archiepiscopis (*sic*) et episcopis conlimitanearum dioceseon electionem concedere, dignemini, ut undecumque secundum formam regularem electionis talem *eligant* qui sanctæ ecclesiæ utilis et regno proficuus et vobis fidelis ac devotus cooperator existat, et, convenientibus et *consentientibus clero et plebe*, vobis adducant (1) » Voilà la vérité ancienne: les évêques choisissent, puis le clergé inférieur et le peuple donnent leur adhésion. Cependant cette adhésion est bien aussi un élément constitutif de l'élection. Hincmar le dit à la page suivante, en repoussant toute candidature imposée par le roi : « *Nam si debent episcopi et clerus et plebs eligere* quem vultis et quem jubetis, non est divinæ legis electio, sed humanæ potestatis extorsio.» Mais le rôle de l'évêque ou des évêques présidents était si décisif que, dans l'anarchie féodale, lorsque la plupart des villes épiscopales, isolées, furent livrées à elles-mêmes, sans cette direction, l'élection de l'évêque devint le plus souvent une occasion de troubles et de conflits, favorisant l'intervention du seigneur (2).

II

Voyons maintenant quel était le rôle de l'assemblée électorale proprement dite, qui se tenait dans la cité, habituellement dans une église. En principe, tous pouvaient y assister, du moins les hommes : membres du clergé, citoyens de la ville, habitants des campagnes; mais, dans la suite, les paroisses rurales paraissent avoir envoyé des délégués spéciaux. Bien entendu, les religieux y avaient place. Là, ceux qui présidaient soumettaient une candidature à cette sorte de suffrage universel inorganique, et il fallait qu'elle fût acceptée par lui pour qu'il y eût élection. Mais cette élection était dominée par deux règles très importantes.

En premier lieu ce devait être une élection faite à l'unanimité et non point à la majorité des voix. Quelque étrange que cela paraisse, on ne saurait en douter. Des centaines de textes législatifs, ou considérés comme tels, parlent des élections *unanimiter*, *concorditer factae*. De plus, des décisions précises montrent que ce n'était pas

(1) *Hincmari Opera*, éd. Sirmond, t. II, p. 189 ; cf. c. 1 (St-Léon) D. LXI ; c. 13 (Etienne II) D. LXIII.

(2) Voyez, par exemple, *Gesta episcoporum Cameracensium*, éd. de Smedt, *passim*.

là seulement un idéal, vers lequel on tendait, mais une condition nécessaire. On les trouve surtout au décret de Gratien, plus rapproché de l'époque où régnait ce vieux droit. Voici par exemple un passage qui ne laisse rien à désirer : « Plebs Dictrensis, data nobis peticione, deflevit diu sine rectoris proprii gubernatione dispergi. Ac, sicut asseritur, is qui a vobis jam probatus dicitur, a paucis et tenuibus jam reputatur electus, cum ad vos pertineat universos assidua admonicione compellere ut omnes in unum, quem dignum sacerdotio viderint et sine aliqua reprehensione, consentiant. Et ideo, fratres karissimi (*les évêques Philippus et Gerontius*), universos ex omnibus sepe dicti loci parochiis presbyteros ac diaconos et universam turbam vos oportet sepius convocare, quatinus, non prout cuilibet libuerit, sed concordantibus animis talem, vobis admonentibus, sibi querant sola divinitatis intentione personam, quam nulla contrarietas possit a constitutis revocare preceptis » (1) Ainsi, l'élection faite est écartée parce qu'elle n'était pas unanime, et les évêques doivent exhorter le clergé et le peuple, jusqu'à ce que tous s'accordent sur le nom d'une personne irréprochable.

Dans un autre passage, le même Grégoire s'occupe de l'élection de Milan. L'évêque Laurentius étant mort, une élection a eu lieu et d'après le procès-verbal (*relatio*) envoyé par le clergé de cette ville « nobis innotuit in electione se filii nostri Constancii, diaconi sui, unanimiter consensisse ». Mais le procès-verbal ne portait pas les signatures voulues (*non fuit subscripta relatio*) et le pape, juge scrupuleux, fait recommencer l'élection. Il charge un homme de confiance de se rendre pour cela sur les lieux en passant par Gênes, car dans cette ville se sont réfugiés beaucoup de Milanais chassés par les barbares. L'envoyé devra les réunir et constater qu'ils sont tous favorables au candidat (2).

(1) C. 11. D. LXIII.

(2) C. 10. D. LXIII : « Et quoniam multi Mediolanensium, coacti barbarica feritate, consistunt, eorum voluntates oportet, eis in commune convocatis, perscrutari. Et si nulla diversitas ab electionis unitate disterminat, siquidem predicto filio nostro Constancio omnium voluntates atque consensum perdurare cognoscis, tunc eum...facias consecrare». —Voyez encore pour la netteté de la formule : c. 5 (Lucius III), *Comp.* I, *de elect.* I, 4 : « Regis (Angliae) impetrato assensu in personam honestam, litteratam et idoneam *unanimiter conveniatis*, et eam in pastorem et episcopum *eligatis concorditer* ». — C. 1 (Lucius papa), X. *de elect.* I, 6; « Nullus in ecclesia ubi duo vel tres *fratres* fuerint in congregatione

Cette règle, nous l'avons dit, est confirmée par des textes très nombreux, et l'on ne peut la révoquer en doute. Un seul texte imposant pourrait être cité comme consacrant le principe contraire, c'est le c. 3 du *Concilium romanum* tenu en 499 sous le pape Symmaque (1) ; mais il est spécial à l'élection du pape et fait partie d'une série de dispositions destinées à supprimer les brigues et les troubles auxquels elle donnait lieu. Nous verrons que, pour les élections épiscopales, en cas de divisions irréductibles dans le corps électoral, la solution admise fut tout autre que la loi de la majorité écrite dans ce texte.

Comment peut-on expliquer un pareil système ? M. Alfred von Wretschko, dans un remarquable article, où ce point est abordé incidemment, s'exprime ainsi : « Dans l'Eglise en général régnait la conception qu'une élection unanime était la conséquence d'une inspiration supérieure; aussi dans l'Occident, fortement influencé par les idées germaniques, par suite de la conception corporative (*genossenschaftliche Auffassung*), qui dominait aussi la vie corporative de l'Eglise, on accorda encore une importance plus grande au principe de l'unanimité dans les élections » (2). M. de Wretschko ne dit pas très clairement si ce principe était alors une règle de droit, ou simplement un idéal très recherché ; mais il est clair qu'à ses yeux, si jamais il prit la valeur d'un axiome juridique, ce fut par l'influence du droit germanique. M. Gierke (3), comme le rappelle

nisi eorum electione canonice presbyter eligatur *et eisdem convocatis et parochianis atque in unum consentientibus* » Ce texte d'origine incertaine est sûrement fort ancien Il prévoit une élection particulière, celle du prêtre qui devait dire la messe dans un couvent, alors que les religieux ne prenaient point habituellement les ordres sacrés Voyez sur ce texte Gonzalez Tellez, *Commentaria perpetua in libros decretalium, ad hunc locum.*

(1) Bruns, *Canones apostolorum et conciliorum veterum selecti*, II, p. 280 : « Si, quod absit, transitus papæ inopinatus evenerit, ut de sui electione successoris, ut supra placuit,non possit ante decernere, si quidem in unum totius inclinaverit ecclesiastici ordinis electio, consecretur electus ab episcopis; sin autem, ut fieri solet, studia ceperint esse diversa, eorum de quibus certamen emerserit vincat sententia plurimorum. »

(2) *Die electio communis bei den kirchlichen Wahlen im Mittelalter*, dans la *Deutsche Zeitschrift fur Kirchenrecht*, XI Band (1902), p. 328.

(3) *Genossenschaftsrecht*, t. II, p. 526 ; t. III, p. 323 : « Dans l'ancien droit canonique on rencontre de nombreuses traces de ce fait que le principe de la majorité était entendu dans le sens germanique et, par suite, considéré seulement comme un moyen d'obtenir l'unanimité nécessaire par le devoir d'assentiment imposé à la minorité. » D'après M. Gierke, en effet, la *Genossenschaft* germanique, simple agrégat des indi-

M. de Wretschko, avait déjà signalé là une application de ce « principe corporatif » auquel il a ramené tant de choses. Il me semble qu'il y a là une idée chrétienne et non une idée germanique. En soi, la désignation à l'élection de l'évêque, du ministre de Dieu par excellence, n'est pas chose naturelle et aisée à comprendre. Il est probable que, si elle s'est introduite de bonne heure, c'est parce que tout d'abord l'ἐπίσκοπος exerçait des fonctions qui n'avaient rien de spirituel. Mais, le système électoral persistant, l'idée s'établit que de pareilles élections se faisaient dans des conditions particulières, sous l'inspiration du Saint-Esprit, dont l'invocation constitua toujours le premier des actes électoraux. Or, si les hommes, abandonnés à eux-mêmes, se divisent naturellement quand il s'agit d'élire un magistrat, ne doivent-ils pas être unanimes lorsqu'ils choisissent un *sacerdos*, guidés par le Saint-Esprit lui-même ? Ces sentiments sont clairement traduits par le récit d'une élection épiscopale qu'on trouve dans Grégoire de Tours. Il s'agit de l'évêque d'Auvergne Rusticus, le troisième prédécesseur de Sidoine Apolli-

vidus qui la composent, ne peut agir qu'avec le consentement de tous ses membres ; tome II, p 51 : « Si dans la réunion de tous, pour une décision ou une élection, etc., il se produit une divergence d'opinions, originairement aucune règle extérieure ne détermine dans quel sens doit se porter la volonté générale. C'est une sorte de divination morale qui indique de quel côté est le peuple, le clergé, la commune, de quel côté sont des individus aberrants. Là où le bruit des armes ou les clameurs sont en usage, l'acclamation ou la réclamation doit littéralement dominer, jusqu'à ce qu'on n'entende plus qu'une seule voix, qui est considérée comme la voix de tous. Dans les cas douteux, c'est la prépondérance de fait ou la considération qui, de gré ou de force, ramènera les opposants au parti le plus fort. A toute extrémité, si l'association ne doit pas se briser, ce sera la force des armes qui décidera, en forçant le parti le plus faible à vouloir la même chose que le plus fort. A la longue, après bien des doutes, dans une série d'applications, s'introduit l'usage de compter les voix, mais non point d'abord comme si, par une règle constitutionnelle, la majorité était reconnue comme un moyen de dégager la volonté générale ; le principe est que la minorité, comme le parti le plus faible, est obligée, sous certaines peines, de vouloir aussi ce que veut la majorité, pour qu'une volonté commune puisse sortir effet. Et assez souvent, même après la reconnaissance de ce principe, les minorités se considèrent comme en droit de faire décider par les armes si leur volonté n'est pas la plus forte. » Cela est lumineux. Mais l'état de droit que M. Gierke prend pour le point de départ n'a rien de particulièrement germanique ; c'est ce qu'on trouve encore de nos jours chez les peuplades sauvages ; c'est le tableau que nous offrent les poèmes homériques. On ne sait pas encore distinguer l'être collectif des personnes qui composent la collectivité ; et la confusion reparaît quand la civilisation décline et que la pensée juridique redevient grossière.

naire. Comme ce dernier fut élu lui-même en 471, l'élection de Rusticus doit être placée au commencement du v^me^ siècle, à une époque où aucune influence germanique ne s'exerçait encore dans l'Auvergne, qui ne passera sous la domination barbare qu'en 475.

« Chez les Arvernes, après le trépas de saint Artemius, Venerandus, de l'ordre sénatorial, est ordonné évêque... On rapporte que ce dernier mourut lui-même la veille de Noël. Le lendemain matin la procession de la fête solennelle servit d'obsèques à ses funérailles. Après sa mort, des passions honteuses éclatèrent parmi les citoyens au sujet de l'épiscopat. Comme des partis distincts s'étaient formés et que les uns voulaient élire un candidat, les autres un autre, il y avait grande collision parmi la population. Cependant le dimanche les évêques siègeaient (pour présider l'assemblée), quand une femme, qui déjà avait pris le voile et s'était vouée à Dieu, sort de la foule. va hardiment à eux (1) et dit : « Ecoutez-moi, prêtres du Seigneur, sachez que ceux sur qui ces gens ont porté leur choix (*elegerunt*) pour l'épiscopat, ne sont point agréables à Dieu. Voici qu'aujourd'hui le Seigneur saura se trouver lui-même un ministre. Ne mettez point le trouble et la collision parmi le peuple ; mais patientez un peu. Le Seigneur va conduire ici celui qui doit gouverner cette église ». Comme ils s'étonnaient de ces paroles, tout à coup arrive un nommé Rusticus, qui était prêtre d'une paroisse de la ville Arverne elle-même. C'est lui qui avait été indiqué à la femme, qui l'avait vu en songe. Dès qu'il parut : « Voici, dit-elle, celui que le Seigneur a choisi. Voilà le pontife qu'il vous destine. Qu'il soit ordonné évêque » Comme elle disait cela, le peuple entier, mettant de côté toute passion, déclara par ses acclamations qu'il était digne et juste. Il fut mis sur le siège et sur le lieu même, à la grande joie du peuple, reçut, septième évêque de la cité, les honneurs de l'épiscopat » (2).

Voilà comment on concevait l'élection : il la fallait unanime ; mais Dieu y pourvoyait.

(1) Cela implique-t-il que, selon la coutume, les femmes n'étaient pas admises à l'assemblée ?

(2) *Historia Francorum*, II, 13, édit. Omont, I, p. 50.

III

Cette élection à l'unanimité était en même temps une élection *informe*. On n'y recueillait pas, on ne comptait pas les voix. Dans les premiers siècles on avait peut-être voté à mains levées (χειροτονία). Mais dans la période que nous étudions ici, la voix du peuple s'exprimait par des clameurs : des acclamations ou des huées (1). C'était une des raisons qui rendaient plus facile l'élection unanime ; il suffisait qu'elle en eût l'apparence. Il suffisait qu'aucune opposition ne se manifestât, ou, s'il s'en produisait une, qu'on la fît taire : ce dernier résultat pouvait être obtenu par les exhortations des évêques ; il pouvait l'être aussi par d'autres moyens, tels que la crainte des adversaires.

Nous avons un tableau vivant de ces assemblées. C'est le récit de l'élection de saint Theotard, comme archevêque de Narbonne en 885, contenu dans la Vie de ce saint. Comme M. Imbart de la Tour, qui a le premier attiré l'attention sur ce document (2), j'estime que cet écrit est sensiblement postérieur à la date qu'il donne. Ainsi qu'on va le voir, l'auteur ne comprend plus bien l'institution du *visitator*, ou plutôt des *visitatores*, car il parle de ceux-ci au pluriel, sans d'ailleurs en préciser le nombre, et ils font dans le récit double emploi avec les évêques de Carcassonne et de Béziers. Il joint aussi à l'*auctoritas regia* qui permet de procéder à l'élection le « scriptum super hoc præcelsi abbatis Hugonis, nec non et Ricardi Marchionis», ce qui paraît marier des autorités d'époques différentes. Enfin il mentionne le *missus* de ces princes « missum eorumdem principum Agilbertum venerabilem episcopum », qui porte justement le même nom que l'évêque de Béziers. Mais l'auteur paraît avoir travaillé sur des pièces authentiques et, de plus, sûrement il a vu de ses yeux quelques-unes de ces assemblées électorales que nous étudions.

« L'archevêque ayant été arraché à cette vie temporelle et transporté à la vie éternelle, les évêques cathédraux de ce siège et Eglise,

(1) Dans le passage précité de Grégoire de Tours « omnes populos, cuncta intentione postposita *clamavit* dignum ac justum esse ».

(2) *Les élections épiscopales*, etc., p. 9 et suiv.

savoir Gilbranus, évêque de l'Eglise de Carcassonne et Agilbert, de Béziers, se rendirent aussitôt à Narbonne et recherchèrent avec soin tous les biens concédés par ledit archevêque (*peculiaria*) et ce qui composait le trésor de ladite Eglise, c'est-à-dire les livres et les ornements ; et après avoir dressé un état de tous les biens fonds appartenant à l'Eglise, qu'ils avaient trouvés, ils s'employèrent à les concéder (*commendare*) de nouveau, mais sous caution, en présence du peuple à ceux qui en avaient précédemment reçu la jouissance (1). Puis, comme il le fallait, par l'inspiration de la clémence d'en haut, grâce au secours de Dieu et de Notre Seigneur Jésus-Christ, toute l'Eglise de Narbonne, clergé, laïques nobles, classe moyenne et bas peuple, d'une seule voix et d'un seul vœu, élisent saint Theotard, archiprêtre (*archisacerdotem*), pour leur futur évêque et pasteur. Comme donc les vénérables évêques susdits étaient encore à Narbonne, ceux qui étaient venus en ce lieu comme *visitatores* (*ut visitarent eumdem locum*), parce que l'Eglise, comme on l'a dit, était veuve de son pasteur, convoquèrent dans le temple des saints martyrs Justus et Pastor Subianus, les clercs et toute la population de la cité, afin qu'on trouvât là un homme sage et saint, capable de porter un si lourd fardeau et de diriger et gouverner un si grand peuple. Ils étaient là dûment munis de l'*auctoritas* du roi et ayant aussi l'écrit, se rapportant au même sujet, du très haut abbé Hugues et du marquis Richard, avec le propre *missus* de ces princes, le vénérable évêque Agilbert. Enfin, tout ayant été régulièrement fait par les évêques, le très glorieux évêque Gisleranus, montant à l'ambon, exposa à tout le peuple de la cité, d'après le texte des canons, qu'il n'était permis d'ordonner comme évêque que celui que le clergé aurait élu et que le population aurait appelé de ses vœux (*quem clerus elegerit et populus expetiverit*). Il les avertit donc

(1) « Facta descriptione de omnibus eidem ecclesiæ pertinentibus rebus quas invenerant, rursum ea quibus prius credita fuerant commendare, nihilominus sub cautione, in conspectu cleri et populi studuerunt.» Etant donnés les termes employés *res, pecuniaria commendare*, je crois qu'il s'agit là des terres de l'Eglise, concédées par l'évêque à titre de bénéfices aux divers membres du clergé. A l'époque où fut rédigé le document utilisé par l'auteur, cette concession expirait à la mort de l'évêque. Les deux prélats la renouvellent provisoirement. — On peut aussi donner un autre sens. Il s'agirait alors des objets mobiliers appartenant à l'Eglise; les évêques les remettraient sous caution, après l'inventaire fait, à ceux qui précédemment en avaient la garde.

en Dieu et de par Dieu que s'il se pouvait trouver dans l'Eglise une personne qui dès maintenant fût digne, selon Dieu et selon le siècle, de remplir l'office de pasteur, chacun la désignât à haute voix de sa propre bouche, en prenant conseil des siens. Alors les clercs et les abbés et le peuple entier répondirent ce qu'ils savaient être vrai : « Il est un nommé Théotard, notre archiprêtre, plein de science, comblé de charité, fortifié par la raison, très noble de naissance et remarquable par l'entière honnêteté de ses mœurs ; et, comme la suite ininterrompue de ses bonnes œuvres en fait une colonne inébranlable, il est sûrement capable de diriger la grande Eglise de ce siège pontifical et de la gouverner excellemment après Dieu ; c'est pourquoi aujourdhui nous l'élisons et nous l'acclamons de toute la force de nos poitrines pour qu'il soit notre évêque, le pasteur et la lumière de cette Eglise, lui que nous connaissons comme un bon prêtre, plein de vertu, capable de supporter les animosités d'autrui, d'être utile et supérieur à tous ! Car c'est un homme à la vie droite qui servira d'exemple à toutes les ouailles qui lui sont confiées, et ce qu'il prêchera par ses paroles il l'accomplira par ses actes. » — A ces paroles le saint évêque les adjura tous que, si quelqu'un avait quelque objection à proposer contre cela, il se levât et parlât sans crainte. A quoi tous répondirent d'une seule voix : « S'il est quelqu'un qui ose dire du mal de lui, qu'il se montre et sous vos yeux nous prouverons que c'est un menteur ! » Comme il n'était personne qui proposât d'objection, les évêques rendirent grâce à Dieu et tout le peuple, rempli de foi, adressa des louanges à Dieu ; et les évêques susnommés eurent soin d'inscrire les lettres de leurs noms au procès-verbal de l'élection (*schedulæ*). (1) ».

Sauf qu'évidemment le discours du peuple était moins long, se bornant à l'acclamation d'un nom, et que sans doute ordinairement la candidature acclamée avait été préparée, c'est bien ainsi que devaient se passer les choses. C'était l'élection informe et unanime.

Mais comment une opération aussi informe pouvait elle servir de base aux actes postérieurs de la *confirmatio* et de la *consecratio* ? Dans les temps les plus anciens, ces deux actes le plus souvent se confondaient, bien que le Concile de Nicée eût réservé le premier au métropolitain; et souvent les évêques qui avaient présidé à l'élection

(1) *Acta sanctorum Maii*,... Antverpiæ, 1680, t. I, p. 147 et suiv.

consacraient sur le champ le nouvel élu (1). Mais plus tard il n'en fut pas ainsi, surtout lorsque le roi devait préalablement approuver l'élection.

Une pièce écrite, dont l'usage remontait très haut et avait été probablement emprunté à la pratique des curies municipales, avait fixé les éléments essentiels de l'élection : c'était le *decretum*. Il ne contenait pas seulement le nom de l'élu et l'éloge de ses vertus, mais les signatures (*subscriptiones*) de notables appartenant aux diverses catégories d'électeurs (2). Voici comment le décrit Hincmar de Reims : « *Sicut jussistis*, mitto vobis consecrationem episcopi et exemplar decreti, quod in ampla pergamena debet scribi, ut *confirmationes cleri et legatorum singulorum monasteriorum et primorum presbyterorum parochiæ ac plebis valeant scribi* » (3).

C'est sur cette pièce que sera accordée la consécration. Et là encore on fera appel pour la confirmer au témoignage unanime du prolie ; là reparaitra cette élection informe que peut seule faire tomber une opposition précise et motivée. Il est vrai que la scène se passe cette fois à la métropole. Hincmar continue ainsi : « Sabbato autem præcedente Dominicam, quando electus est ordinandus, convenire debent episcopi diœceseos ad principalem ecclesiam Metropolis et publice coram omnibus debet recitari decretum *et interrogare debent Episcopi si omnium vota, sicut ibi continetur, in eumdem electum concordent.* Et post responsionem illorum debent

(1) Voyez le passage de Grégoire de Tours, cité plus haut, p. 363.

(2) C'est parce que ces signatures manquaient que Grégoire le Grand fait recommencer une élection, ci-dessus, p. 360.

(3) *Ad Ventium episcopum Metensem, Opera*, édit. Sirmond, I, p. 717

Pour l'élection de saint Théotard, la *Vie*, sans doute d'après d'anciens documents, rapporte ainsi les *suscriptiones* (ce passage fait suite à celui plus haut traduit, p. 364-365), « Prædicti antea episcopi ejusdem electionis schedulæ nomina sua litteris inserere studuerunt ita : Gisleranus, Carcassonensis Ecclesiæ episcopus, cum clero et plebe mihi commissa assensum præbeo huic sanctæ electioni. Nam et ego Agilbertus, Biterrensis Ecclesiæ episcopus, cum clero et populo mihi commisso eidem electioni consentio. Post hæc archidiaconi quatuor et abbates quinque et sacerdotes nonaginta quatuor qui ibi aderant, omnes propriis manibus nomina sua eidem tomo litteris impressere. Laicorum autem qui affuerunt numerus nescitur pro illorum multitudine ». Cette dernière phrase, qui se rapporte aux laïques, ne devait pas appartenir au document originel, signé seulement de quelques notables au nom de tous. L'auteur a pensé que sa formule était plus honorable pour son saint.

interrogare Episcopi si has virtutes, quæ ibidem continentur, credunt vel sciunt esse in eodem electo. Et accepta responsione, debent interrogare episcopi si quis ibi est qui contra eumdem electum aliquid dicere, vel ordinationi episcopali contrarium illi velit objicere, ut exeat et dicat memor communionis suæ. Quod si aliquis quiddam illi objecerit, habetis in canonibus quid inde sit faciendum. Sin autem omnes concordes fuerint in electione, reddendæ sunt ab omnibus Deo laudes et examinandus est idem electus ab Episcopis ». Il semble bien que la procédure contentieuse de la confirmation ne s'ouvre là que si un vice précis est révélé par quelqu'un dans l'élection elle-même ou dans la personne de l'élu : autrement tout se bornait à constater encore une fois l'unanimité dans l'élection.

IV

Cependant, ces assemblées électorales étaient des assemblées d'hommes, d'hommes de toutes conditions, et en avaient toutes les passions. Il devait souvent s'y former des partis contraires. Comment les ramener à l'unanimité ? Il semble que dans les temps anciens, cela se faisait souvent par la seule autorité de l'évêque qui présidait : sans tenir compte des aberrants, il proclamait élu le candidat le plus méritant et le plus utile à l'église, et la sainteté de l'homme, la sagesse du choix faisaient taire les protestations. Nous avons dans les lettres de Sidoine Appollinaire un témoignage très net en ce sens. Il s'agit de l'élection épiscopale de Châlon et voici ce que Sidoine raconte à son ami Domnulus : « Je ne puis tarder à te faire part d'une grande et récente joie ; car tu brûles sans doute de savoir ce qu'a fait, dans son voyage à Châlon, Patiens, notre père et pontife en Jésus-Christ ; c'est une preuve nouvelle de sa religion et de sa fermeté. Il arriva dans la ville susdite précédé en partie et en partie escorté par le collège des évêques de la province, afin de procéder à l'élection d'un nouvel évêque dans ce municipe ; la discipline de cette église vacillait depuis que le jeune évêque Paulus l'avait quittée puis était mort. L'assemblée des évêques trouva devant elle divers partis parmi les citoyens, et des ambitions privées, qui sont toujours contraires au bien public. Un triumvirat de compétiteurs avait mis tout en feu. L'un avait la bouche pleine de son antique noblesse, complètement dépourvu de qualités morales ; celui-ci, par le bruit

que faisaient ses parasites, dû au suffrage de ses cuisines, avait pour lui les applaudissements de la tribu d'Apicius ; pour le cas où il obtiendrait l'objet de ses vœux, il avait promis par un pacte tacite que les terres de l'Eglise seraient en proie à ses partisans. Voyant cela le saint Patiens et le saint Euphronius, sans avoir égard à la haine ou à la faveur, furent au premier rang pour soutenir rigoureusement et fermement une plus saine opinion. Ils s'entendirent en secret avec les évêques avant de produire en public leur résolution et, méprisant les cris d'une foule en fureur, ils mirent tout à coup la main sur le saint Joannès, qui ne souhaitait et ne soupçonnait rien moins que ce qui allait se passer, homme remarquable par son honnêteté, son humilité et sa douceur (il avait été d'abord *lector* et ainsi ministre de l'autel et cela depuis son enfance ; puis, le temps et ses labeurs aidant, archidiacre ; retenu longtemps par ses utiles services dans ce grade ou ministère, il ne fut pas élevé en dignité pour ne pas être enlevé à ses fonctions). C'est ce prêtre, déjà du second ordre qu'ils consacrèrent comme leur collègue au milieu des voix discordantes des partis, qui hésitaient à approuver un homme qui n'avait pas posé sa candidature, mais n'osaient inculper celui qui ne méritait que des éloges : les factieux étaient stupéfaits, les méchants rougissaient, les bons acclamaient et personne ne réclamait. » (1)

Là il y a bien élection unanime en apparence ; aucune contradiction n'est opposée « *nullis reclamantibus* ». L'autorité des évêques avait dompté la résistance. Mais on devait prévoir des oppositions irréductibles, qui se maintiendraient jusqu'au bout. Voici les instructions que donnait à cet égard un pape du IXe siècle : « Nosse tuam fraternitatem volumus, ad nostras aures fore perventum Immolensem episcopum ab hac luce migrasse ; in cujus successoris electione populi divisionem advenisse audivimus. Quod quia sepe contingere solet, querentibus singulis que sua sunt non que Jesu Christi, non adeo miramur. Verumtamen in hoc plurimum oportet tuam adhiberi sollicitudinem ut, convocato clero et populo, talis ibi eligatur per Dei misericordiam, cui sacri non obvient canones. *Sacerdotum quippe est electio et fidelis populi consensus adhibendus est*, quia docendus est populus, non sequendus » (2). Il semble bien que dans ces hypothèses

(1) L. IV, lettre 25 ; édition Baret, l. IV, lettre 4, p. 271, M. Baret place cette lettre en l'année 467.

(2) Lettre d'Etienne VI, entre 886 et 889, Friedberg, t. I, p. 238, c. 12, D. LXIII.

extrêmes et désespérées la solution du conflit revenait aux évêques qui présidaient l'assemblée. Ils devaient, sans s'arrêter aux candidatures aberrantes, proclamer élu le membre du clergé le plus méritant et le plus utile à l'Eglise. C'est ce qu'expliquait clairement dès le v^e^ siècle le pape saint Léon dans une decrétale dont les termes, subtilement interprétés, fournirent les éléments du système postérieur : « Si forte, quod nec reprehensibile, nec inreligiosum judicamus, vota eligentium in duas sese diviserunt partes, metropolitani judicio alteri preferatur qui majoribus juvatur studiis et meritis; tantum ut nullus detur invitis et non petentibus, ne plebs invita episcopum non optatum contempnat et oderit » (1). Les électeurs restant ici partagés entre deux candidats (on ne dit point que ce soit par fractions égales), c'est le métropolitain, chargé de *confirmer* l'élection, qui choisira le plus digne. Mais le métropolitain ne pourrait point désigner directement un évêque sans que le peuple ait été appelé à faire connaître son sentiment; tel paraît être le sens de la fin du texte.

C'est sans doute dans ces conditions que se faisaient dans la monarchie carolingienne les élections des *advocati*, des *vicedomini* et des *scabini* dont parlent les capitulaires : « Ut vicedomini, prepositi, advocati... *cum comite et populo eligantur* ». — « Volumus ut advocati *in presentia comitis eligantur* non habentes fama mala sed tales *eligantur quales rex jubet eligere.*» — « Ut judices, advocati, prepositi, centenarii, *scabini* quales meliores inveniri possunt et Deum timentes constituantur... *cum comite et populo eligantur* mansueti et boni » (2). Le comte évidemment proposait les candidats et le peuple les acclamait.

C'est aussi de cette manière, par une élection unanime et informe, que furent d'abord élus les membres de la Chambre des Communes d'Angleterre et à la fin du xv^e^ siècle, semble-t-il, les députés à nos Etats Généraux (3).

Alors même que l'Eglise eut, comme on va le voir, transformé com-

(1) C. 36, D. LXIII.

(2) *Capitul. Aquisgr.*, 809, c. 22 (Boretius, I, p. 151) ; *Pippini cap. Lang.*, 802, c. 11, p. 210 ; *cap. Aquisg.*, 809, c. 11, p. 149 ; cf. Waitz, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, IV, p. 468 et 393.

(3) Voyez mes *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 4^e^ édit., p. 278 et suiv., et mon *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 6^e^ édit. p. 491.

plètement son droit électoral, la vieille élection informe et unanime resta valable dans tous les corps électoraux. Le Concile de Latran de 1215, après avoir précisé les formes nouvelles, ajoute en effet : « Aliter electio facta non valeat, *nisi forte communiter esset ab omnibus quasi per inspirationem sine vitio celebrata* » (1). En maintenant ce vieux droit, comme subsidiaire et exceptionnel, le Concile le rattache, suivant la tradition, à l'inspiration du Saint-Esprit.

§ 2. La *MAJOR ET SANIOR PARS*

Le système électoral que nous avons décrit fit place dans la suite à un autre tout différent. A l'élection épiscopale faite *a clero et populo*, succéda l'élection de l'évêque par les seuls chanoines de l'Eglise cathédrale.

I

Ce droit nouveau s'établit par la coutume dans une période qui va de la fin du XI^e^ siècle au premier tiers du XIII^e^. Dans les lettres d'Yves de Chartres (fin du XI^e^ siècle, commencement du XII^e^) on saisit clairement la transition. L'élection *a clero et populo* est encore présentée comme une institution en vigueur (2); mais en même temps, nous voyons clairement que nombre d'élections visées par lui ont été faites par le chapitre seul de la cathédrale (3). Dans la *Summa decretalium* (dernier tiers du XII^e^ siècle) et dans la *Summa de electione* de Bernard de Pavie, les règles anciennes sont remplacées par

(1) C. 42, X, *de elect.*, I, 6.

(2) Ep. LXVI ; il parle d'un clerc indigne qu'on voudrait faire évêque d'Orléans : « Hoc quod dico clerus approbaret, hoc populus acclamaret ! »

(3) La plus grande partie des lettres d'Yves qui traitent d'élections épiscopales particulières sont adressées au doyen et aux chanoines de l'Eglise cathédrale, qu'il s'agit de pourvoir. Certains textes supposent que le chapitre de la cathédrale est seul l'auteur de l'élection, puisqu'il en est responsable ; voyez Ep. L ; pour une élection suspecte de simonie, le chantre, le doyen et l'archidiacre se disculpent par le serment, eux et tous les chanoines.

les règles nouvelles et la terminologie qui répondait au régime ancien n'est plus comprise (1).

Cette transformation fut le résultat en partie de causes positives, en partie d'influences négatives.

D'un côté, à partir du XI^e^ siècle l'importance et l'indépendance du chapitre grandirent. La vie en commun des chanoines cessa peu à peu, et chacun d'eux obtint un bénéfice individuel. Pendant la vacance du siège épiscopal surtout, la nomination du *visitator* ayant cessé d'avoir lieu, le chapitre prit de plus l'administration de l'évêché au point de vue de la juridiction. Bien que les textes qui lui reconnaissent l'administration *sede vacante* soient seulement du XII^e^ siècle, l'action du chapitre en cette matière a commencé plus tôt. Dans cette forte position, alors que les diverses cités épiscopales s'isolaient de plus en plus les unes des autres, le chapitre cathédral avait le champ libre pour préparer et diriger l'élection du nouvel évêque. De là à la faire tout seul la transition était aisée. Ce changement était favorisé par l'esprit général de la société féodale, dans laquelle la population inorganique, en tant que telle, n'a point de droits : les droits appartiennent à des corps déterminés et organisés. Les textes canoniques souvent paraissaient favorables à cette solution. Lorsqu'ils parlaient de l'élection, non plus de l'évêque, mais de l'abbé d'un monastère, ils désignaient fréquemment le corps électoral sous le nom de *congregatio ;* et c'était, en effet, l'assemblée, la congrégation des moines. Mais, comme les règles étaient en principe les mêmes pour toutes les élections canoniques, il fut aisé d'entendre cela des élections épiscopales et là c'était bien le chapitre qui répondait à la définition.

Des influences, que j'appelle négatives, agirent dans le même sens. Cela consista à exclure de l'ancien corps électoral, comme éléments hétérogènes, tout ce qui n'était pas ce noyau central, conseil et entourage de l'évêque : les laïques, les religieux des couvents, le clergé paroissial de la cité elle-même.

(1) Dans la *Summa de electione*, édit. Laspeyres, on trouve bien cet axiome général : « Generaliter hoc scire debemus prælatum ab illis *clericis* esse eligendum quibus præficitur ». Mais voici la règle qui est mise en tête : « Si ecclesia collegium habet, ipsius collegii electio est, et hoc quidem verum est de electione prelati ». Et plus loin : « Attendendum est quod aliquando episcopus dicitur, eligere, *aliquando populus* ».— Cf. *Summa decretalium*, p. 7.

Pour les laïques, les principes engagés dans la querelle des investitures tendaient nettement à leur refuser la qualité d'électeurs de l'évêque. Déjà dans le système ancien ils étaient un élément secondaire du corps électoral ; mais ils en faisaient partie. Maintenant ils sont en dehors. Leur consentement, qu'on juge encore indispensable, est postérieur à l'élection, et il devient forcé. Voici ce qu'enseigne la *Summa* de Paucapalea : « Laici vero electioni nullo modo se ingerere debent, nisi ad consensum praebendum » (1). Et la *Summa* de Rufin : « Primo quod laici, etiam principes, electioni se ingerere non debeant multis auctoritatibus et exemplis ostenditur... Ad quod respondetur quod laici cum in quibusdam capitulis jubentur interesse electioni, intelligendum est non ad electionem faciendam, sed ad consensum electioni exhibendum ». Cependant Rufin fait une concession et admet un tempérament : « Quamvis autem laici electionem prohibeantur facere, si qui honorabiles sunt inter eos vel religiosi, non debet sine eorum arbitrio et consilio fieri electio (2) ». Suivant cette doctrine certains laïques, à raison de leur haute situation, pouvaient avoir au moins voix consultative dans l'assemblée électorale. Etienne de Tournay, élève de Rufin, ne reproduit pas cette concession, et le rôle qu'il fait jouer au peuple, à l'occasion des élections, est simplement celui d'un sujet qui reconnaît une loi à lui imposée et qu'il ne pourrait repousser « His ostenditur laicos non debere se ingerere electioni episcoporum, principaliter scilicet, nam populus consentire debet clericis eligentibus. Non ergo populus auctoritatem præstat electioni sed consentiendo obsequitur clero eligenti » (3). Dans les décrétales de la compilation de Grégoire IX, le peuple n'apparaît plus, autour des chanoines qui composent le corps électoral, que comme une foule qui cherche à influer par ses menaces sur une assemblée délibérante, ou qui se révolte contre ses décisions (4). Enfin, par une constitution formelle et précise, Grégoire IX abrogea les coutumes qui avaient conservé à certains laïques entrée et suffrage dans le chapitre électoral (5).

(1) *Die summa des Paucapalea*, édit. Schulte, p. 39.

(2) *Die summa decretorum des Magister Rufinus*, édit. H. Singer, p. 155.

(3) *Die summa des Stephan Tornacensis*, édit. Schulte, p. 89.

(4) Cc. 18, 19, 24, X. *de elect.*, 1, 6, édit. Friedberg ; cf. c. 21, *ibidem*.

(5) C. 56, X. *de elect.*, 1, 6 : « Edicto perpetuo prohibemus ne per laicos cum canonicis pontificis electio præsumatur. Quæ si forte præsumpta fuerit, nullam obtineat firmitatem, non obstante contraria consuetudine, quæ dici debet potius corruptela ».

Le sort des religieux et du clergé paroissial fut à peu près le même. Déjà en 1139 le deuxième concile œcuménique de Latran défendait aux chanoines d'exclure les religieux de l'élection : « Sub anathemate interdicimus ne canonici de sede episcopali ab electione episcoporum excludant religiosos viros, sed eorum consilio honestam et idoneam personam in episcopum eligant. Quod si, exclusis religiosis, electio facta fuerit, quod absque eorum consensu et conniventia factum fuerit, irritum habeatur et vacuum » (1). Mais la loi ne put arrêter le mouvement. Les textes des XII^e^ et XIII^e^ siècles insérés aux décrétales de Grégoire IX établissent que participer à l'élection épiscopale n'est plus un droit ferme pour les religieux, les prêtres du clergé paroissial et les chapelains. Ils en sont exclus en principe, mais ils peuvent exceptionnellement et individuellement acquérir le droit électoral par la coutume ou par la prescription (2). Ce n'est plus là qu'un résidu négligeable. En droit comme en fait, le chapitre de l'église cathédrale l'a emporté ; pendant la vacance du siège il exerce la juridiction et c'est lui qui élit le nouvel évêque.

II

Cette transformation, ce rétrécissement du corps électoral, devait changer la nature même de l'élection. Sans doute, les textes vont continuer à présenter comme un idéal l'élection unanime. Mais comment espérer l'unanimité dans ces chapitres si divisés, si pleins d'intrigues, comme le sont inévitablement les petites corporations ? La loi de la majorité devait s'imposer par la force des choses. D'autre part, dans ce petit corps du chapitre, on ne pouvait plus songer à l'élection informe ; on allait nécessairement compter les voix. L'élection allait devenir un acte solennel, formaliste, minutieusement réglementé (3).

Mais cette nouvelle transformation se fit d'abord par la coutume. Il en résulta des systèmes divers, suivant les régions, de l'incertitude, de la confusion. Aussi le quatrième concile de Latran sentit le besoin de fixer les règles nouvelles des élections. Il admit d'ailleurs, dans le

(1) C. 35, D. LXIII.

(2) C. 3, X. *de causa poss.*, II, 12; c. 50, X. *de elect.*, I, 6.

(3) Voyez l'article cité de M. de Wretschko, *passim*.

célèbre chapitre *Quia propter*, plusieurs des formes usitées, entre lesquelles il laissa le choix aux électeurs. Mais nous n'avons à nous occuper ici que de la forme ordinaire, celle qui constitue le droit commun. Voici comment elle est présentée : « Quia propter diversas electionum formas, quas quidam invenire conantur, et multa impedimenta proveniunt et magna pericula imminent ecclesiis viduatis, statuimus ut, cum electio fuerit celebranda, præsentibus omnibus qui debent et volunt et possunt commode interesse, assumantur tres de collegio fide digni, qui secrete et sigillatim vota cunctorum diligenter exquirant, et in scriptis redacta mox publicent in communi, nullo prorsus appellationis obstaculo interjecto, ut is collatione habita, eligatur in quem omnes vel *major et sanior pars capituli consentit* » (1).

Voilà la loi de la majorité qui semble franchement établie. Mais qu'on ne s'y trompe point, ce n'est pas simplement la loi de la majorité absolue, que d'ailleurs sans hésiter la doctrine canonique préféra à la majorité relative et qu'elle déclara nécessaire. Pour que l'élection soit acquise il ne suffit pas qu'un candidat ait pour lui au moins la moitié plus un des votants, la *major pars ;* il faut qu'il ait pour lui la *sanior pars*. Il faut, pour employer la traduction de nos anciens, *la majeure et plus saine part*.

C'est la haine de la pure loi du nombre qui reparaît ici, et la doctrine nouvelle se rattache très nettement à l'ancienne. Pour apprécier quelle est la *sanior pars*, les décrétalistes reprennent les caractères indiqués dans l'épitre plus haut citée, de saint Léon, lesquels devaient, dans la forme antérieure, faire triompher un candidat, bien qu'il ne réunît pas l'unanimité des voix (2). Ce sont l'autorité, le zèle et les mérites. Voici comment un des meilleurs canonistes définissait ces éléments : « La *sanioritas* consiste dans l'autorité, le zèle et le mérite. On voit l'autorité dans les dignités des électeurs, leur âge plus avancé, leur nomination plus ancienne, et dans leurs ordres majeurs. Ceux qui l'emportent à ces divers titres ont des voix de poids (*voces ponderosas*). Le zèle consiste dans le sentiment, c'est-à-dire dans les mobiles qui ont poussé les électeurs, soit la parenté, l'amitié, la corruption ; s'ils se sont fait payer ou ont voté à raison

(1) C. 42, pr. X. *de elect.*, I, 6.

(2) Ci-dessus, p. 370.

du mérite de l'élu. Et comme le zèle consiste dans le sentiment, il doit être prouvé par des présomptions, parce que le sentiment ne peut se prouver autrement. On dit encore que cette sorte de *sanioritas* ne consiste pas seulement dans le zèle, mais aussi dans les faits et l'opération elle-même. Mais l'opération concerne le mérite. Car la partie qui élit un candidat meilleur paraît la plus saine, et cela se rapporte aux élus, considérés quant à leurs mœurs, leur vie *et cætera*. Cela peut aussi se rapporter aux électeurs, si l'on considère que, plus honnêtes, ils ont plus de mérite et que cela rend leurs voix mieux nourries (*pinguiores*) » (1).

Que l'on ne s'étonne pas trop : sauf en ce qui concerne l'importance donnée au mérite du candidat, des préoccupations semblables ont inspiré, sous une autre forme, divers systèmes électoraux de notre temps, par exemple le vote plural, tel qu'il se pratique en Belgique (2). Mais il faut voir comment ces principes étaient jadis entendus et appliqués dans les élections canoniques, épiscopales et autres. Une interprétation simple, fidèle au texte, se produisit bientôt et devint dominante : c'est que, pour être élu, le candidat devait avoir pour lui à la fois la *major pars* et la *sanior pars*. Il lui fallait avant tout la majorité numérique, la majorité absolue des votants ; mais cela ne suffisait pas si un autre candidat, quoique mis en minorité, avait pour lui la *sanior pars* ; alors ni l'un ni l'autre n'étaient élus. Panormitanus rapporte en ces termes cette *communis opinio* : « Quæritur quid, si numerus est pro una parte, authoritas vero et meritum pro alia parte, uterque tamen electus est idoneus ? Dicit ista glossa, in secunda parte, quod authoritas et meritum præferuntur numero et sic concludit quod sanior pars, etsi minor numero, habet prævalere... Sed Petrus et Abbas (antiquus), Joannes Andreæ, Aegidius et Hostiensis tenent hic contrariam opinionem, dicentes quod, cum ista duo requiruntur copulative, non sufficit alterum. Nam tota copulativa redditur falsa falsitate unius partis. Et ideo concludit Hostiensis quod si ex eodem scrutinio fierent duæ electiones, una a majori respectu numeri, alia a saniori, neutra electio confirmabitur. Prima non, quia non est facta a saniori parte ; nec secunda, quia non est facta a majori parte. Et hanc opinionem fui secutus, quia nullibi

(1) Panormitanus, sur le c. 57, X. *de elect.*, I, 6, nos 11 et 12.

(2) Voyez mes *Eléments de droit constitutionnel français et comparés*, 4e édit., p. 298.

cavetur contrarium et jura in hac materia requirunt illa duo copulative, non debet fieri impropriatio, præsertim quia textus juris civilis fundant se super numero « (1).

Mais, comme on l'a vu par l'indication de la glose ordinaire rapportée dans ce passage, il existait une doctrine différente et plus ancienne, d'après laquelle la minorité pouvait triompher, si elle était la *sanior pars*. Elle était proclamée dans un texte inséré au Décret de Gratien et qui la poussait même, en quelque sorte, jusqu'à l'absurde : « In ordinatione prepositi semper consideretur ratio, ut is constituatur quem omnis concors congregatio secundum honorem Dei, sive etiam pars congregationis (quamvis parva) saniori consilio elegerit. Vitæ autem merito et sapientia eligatur qui ordinandus est, etiamsi ultimus fuerit in congregatione » (2). Mais c'est là un texte tout particulier, comme le montre la suite du passage : il est pris au chapitre 64 de la règle de saint Benoît (3) et vise l'élection du *prepositus* des maisons de cet ordre. Il n'en était pas moins entendu par les anciens canonistes, comme se rapportant aux élections canoniques en général. Des decrétales paraissent bien aussi confirmer la thèse et admettre l'élection possible à la minorité des voix (4). Elle est nettement enseignée par Goffredus de Trano : « Cum a diversis partibus electio celebratur, aliquando numerus unius partis præfertur auctoritati alterius partis, aliquando auctoritas numero. Aliquando excessus numeri ex una parte cum auctoritate partis alterius preeminente comparatur. In quo dicendum est quod si multum excedit, præfertur auctoritati ; quod si modicum excedat, succumbit numerus et prefertur auctoritas. In quot autem numerus excedere debeat ut preferatur auctoritati, non inveni determinatum in jure et ideo relinquo arbitrio judicantis » (5).

(1) Panormitanus, sur c. 57, X. *de elect.*, I, 6, n° 13. On aboutissait à la formule : « Non ergo sufficit sanioritas, nisi etiam concurrat majoritas ». Panormitanus, sur c. 42, X. *de elect.*, n° 7.

(2) C. 14, D. LXI.

(3) Friedberg, I, p. 231, note 146. C'est une *palea*.

(4) Cc. 22, 40, 53, X. *de elect.*, I, 6.

(5) *Summa perutilis et valde necessaria domini Goffredi de Trano*; et *in fine* : impressa in ædibus magistri Joannis Moylin alias de Cambray, impressorie officine prefecturam exercentis in dicta civitate Lugduni, sumptibus honesti viri Romani Morin ejusdem civitatis bibliopole, anno a Virginis partu 1519 die secunda mensis julii.—Le passage cité est à la page 13 v°.

Dans la *summa* d'Hostiensis, qui pourtant tient en définitive pour l'opinion contraire, on trouve ce système perfectionné et amené à une précision plus grande. Il parait voir dans le *numerus*, le *zelus* et les *merita* (comprenant sans doute l'*auctoritas*) trois facteurs égaux de l'élection ; de sorte que celui qui a pour lui deux de ces éléments doit être considéré comme élu : « Hoc autem intellige, si ex una parte sit zelus et numerus, vincent merita ex altera parte meliora. Idem est si numerus et merita, dummodo digna sint; et idem videtur si zelus et merita » (1).

Cette doctrine, qui était l'arbitraire même, exigeait nécessairement deux choses pour pouvoir s'appliquer. Il fallait en premier lieu que le vote, en un certain sens, fût public. Sans doute les scrutateurs recueillaient *secrete* les votes émis à voix basse à leur oreille ; mais ils devaient, en face de chaque suffrage exprimé en faveur de tel ou tel candidat, inscrire le nom de celui qui l'avait donné. Sans cela, on n'aurait pas pu voir, quant aux électeurs, de quel côté étaient le zèle, l'autorité et le mérite. C'est ce qu'observait très justement Panormitanus : « Ex prædictis infertur ad unum, ad quod communiter non advertitur, quod in disponendis per universitatem seu capitulum non debent dari voces per lupinos, quia tunc non potest apparere quæ pars sit sanior, sed solum quæ major respectu numeri, et tamen majoritas sine sanioritate nihil valet » (2).

En second lieu, il fallait faire la comparaison, *collatio*, entre les candidats à ces divers points de vue, comparaison infiniment délicate quand il s'agissait des éléments autres que le nombre. C'est bien ce qu'avait ordonné le Concile de Latran. Mais, chose singulière, il n'avait pas dit par qui cette comparaison serait faite; il n'avait pas désigné l'autorité chargée de proclamer le résultat du vote, se contentant d'ordonner l'élection de trois scrutateurs. A qui revenait alors le droit de procéder à la *collatio* et de proclamer le résultat du vote ? C'était l'objet de vives controverses (3). L'assemblée, cela paraissait certain, pouvait, à cet effet, donner mandat à l'un de ses membres ; la coutume pouvait aussi donner qualité pour cela à l'un

(1) *Summa Hostiensis...* venumdantur Lugduni a Stephano Geynard, alias Poneti, prope sanctum Anthonium, f° 35, r°. — A la fin : Impressum Lugduni per Joannem Moylin alias Decambray. Anno domini MCCCCXVII (*sic*) die decima Novembris.

(2) Sur c. 57, X. *de elect.*, I, 6, n° 7.

(3) De Wretschko, *loc. cit.*, p. 359 et suiv.

des membres du chapitre, à celui qui avait la *prima vox in electione.* Mais en dehors de ces cas, on se demandait si les scrutateurs n'avaient pas reçu le pouvoir d'*eligere.* Voici ce que dit Hostiensis : Verumtamen magister meus (1) dicit quod inquisitores eligere debeant, sive daretur eis potestas sive non... sed certe forma non dat eis potestatem collationem faciendi et eligendi, cum impersonaliter loquatur ; sed quoad superiora dat potestatem ; unde dicit : inquirant et publicent... hoc ideo dicit quod omnes capituli debent facere collationem quod dicit : is eligendus est in quem omnes vel major et sanior pars capituli convenit, id est, is de quo sibi videtur habere meliorem collationem ; et hoc est contra magistrum meum qui dicebat inquisitores habere potestatem quamvis non esset data potestas » (2). Mais c'était là l'anarchie même ; aussi le même Hostiensis, lorsqu'il y avait partage, conseillait-il qu'un membre de chaque parti proclamât son candidat élu. Cela vaudrait ce que cela pourrait et le supérieur à qui appartenait la *confirmatio* dégagerait le véritable élu, ou déciderait qu'il n'y avait point d'élection valable : « Quid si partes sint in capitulo et dissensio... tutius est quod non detur potestas (inquisitoribus) quousque collatio facta fuerit et tunc, si discordia sit, debet quelibet pars potestatem dare uni de suis, qui primam vocem habet, ut vice omnium partis suæ eligat, et utra vel neutra valeat, superior determinabit ».

Mais c'était en quelque sorte remettre l'élection à l'arbitraire et au choix du supérieur. Ce fut en réalité la papauté qui en profita surtout car les appels, judiciaires ou extrajudiciaires, lui donnaient le plus souvent la décision définitive.

III

Une réaction en faveur de la loi du nombre était inévitable. De bonne heure on avait senti les inconvénients du système de la *sanior pars.* Un ancien décrétaliste Guillélmus Naso avait même soutenu qu'il ne fallait s'attacher qu'au nombre ; mais devant le texte formel du Concile de Latran on ne savait trop comment expliquer son opi-

(1) Jacobus de Albergo.

(2) *Summa,* p. 34, v°.

nion (1). Cependant la loi du nombre gagnait peu à peu du terrain. Innocent IV, reprenant l'idée de Gofredus, n'admettait pas que l'autorité pût triompher d'une majorité considérable (2). On allait plus loin, on admettait que le nombre entraînait avec lui une présomption d'autorité, de zèle et de mérites, mais cette présomption pouvait être renversée par la preuve contraire (3). Enfin apparut un élément qui devait être décisif. On considéra cette présomption comme particulièrement forte lorsqu'un candidat obtenait, non seulement la majorité absolue, mais les deux tiers des voix (4). Ce chiffre avait été choisi comme emportant par lui-même l'élection du pape, lorsqu'on s'écarta de la règle de l'unanimité; et alors la loi du nombre s'imposait, car il n'y avait pas de supérieur pour confirmer l'élection (5). Il était naturel d'étendre la même règle à toutes les élections canoniques. C'est ce que fit le Concile de Lyon tenu en 1274 sous Innocent IV. « Si quando contingit, duabus electionibus celebratis, partem alteram eligentium duplo numero inveniri, contra electores qui partem reliquam sic excedunt, ad extenuationem zeli, meriti velauctoritatis ipsorum, reliquis, vel electo ab eis, aliquid imponendi omnem præsenti decreto interdicimus facultatem; si quid autem opponere voluerint, quod votum illius, qui proponitur, nullum redderet ipso jure, id eis non intelligimus interdictum » (6).

Dès lors, toutes les fois que le candidat n'était ni incapable ni indigne et que les opérations électorales avaient été régulières, celui qui obtenait les deux tiers des suffrages était immédiatement et définitivement élu, sans qu'on pût faire entrer en ligne de compte

(1) *Summa Hostiensis, loc. cit.*, f° 35 v° : « Tamen Guil (lelmus) Na(so) dixit semper standum majori numero : frater Guil(elmus) parochia (?) scholaris suus excusando illum ipsum scripsit quod forte Gregorianæ falsam litteram continebant »

(2) *Innocentii quarti pontificis maximi super quinque libros decretalium...., collectio* Francfurti 1570, f° 51 v°, sur c. 23, X. *de elect.*, n° 1 : « Numerus major præfertur nisi pauciores ita autoritate polleant quod eorum autoritas multitudini sit præferenda ».

(3) Panormitanus sur c. 57, X. *de elect.*, n° 4 : « Nota quod major pars numero præsumitur sanior. Præsumitur enim in dubio pro numero. Hæc tamen præsumptio admittit probationem in contrarium ».

(4) C. 22. X. *de elect.* (Innocent III, a 1203) : « Alioquin, cum in eum non solum plures sed duæ pæne partes cessaverint, et impedimentis cessantibus, appareat quod eum bono zelo elegerunt ».

(5) c. 6, X. *de elect.*, I, 6.

(6) c. 6. VI° *de elect.*, I, 6.

contre lui la question d'autorité, de zèle ou de mérite. Le système antérieur n'était cependant pas aboli ; il restait en vigueur toutes les fois qu'aucun candidat n'avait réuni les deux tiers des voix. C'était seule la loi du nombre double qui triomphait.

Il y a plus. On put encore voir de véritables élus de la minorité par l'application d'une doctrine, qui servait aussi à expliquer les textes conformes à l'ancienne théorie, d'après laquelle la *sanioritas* pouvait l'emporter, alors même qu'elle n'était pas jointe à la *majoritas*. Le troisième concile de Latran avait privé pendant trois ans de l'exercice du droit électoral les clercs qui éliraient sciemment un incapable ou un indigne (1). Or, on admettait que cette incapacité intervenait directement et de plein droit, pour l'élection même où la faute avait été commise; mais en même temps elle ne frappait que sur ceux qui avaient voté pour le candidat incapable. Si c'était la majorité qui avait agi ainsi et que la minorité, au contraire, eût voté pour un candidat capable et vertueux, cette minorité par là même se trouvait former à elle seule le corps électoral tout entier et son candidat était élu : « Ergo si a majori numero, quantumcunque volueris, indignus eligatur et minor eligat dignum, etiamsi eligat dignum canonicus unicus, uno contextu vel in continenti, ille solus contra omnes alios obtinebit, cum habeat majorem et saniorem partem, nam major dicitur qui majore pietate movetur et meliori zelo » (2).

Ce ne devait pas être le dernier mot du droit canonique en la matière. Le Concile de Trente, le dernier grand régulateur de la discipline ecclesiastique, a introduit la nouveauté finale. Il s'est surtout occupé des élections dans les établissements et ordres monastiques, parce que l'élection dans le monde catholique était devenue une exception en ce qui concerne le choix des évêques (3) et que les élections des réguliers devenaient, en droit commun, les plus importantes. Mais les principes posés à cette occasion, et qui n'ont rien de spécial à l'état monastique, doivent être considérés comme s'appliquant à toutes les élections canoniques. Or, la règle nouvelle et capitale qui

(1) C. 7, X. *de elect.*, I, 6.

(2) *Summa Hostiensis, loc. cit.*, f° 35 r°.

(3) Voyez en particulier, *Sessio* XXIV *de reformatione*, c. 1 *Forma promovendi ad creationem episcoporum*. L'élection proprement dite n'apparaît pas; le point essentiel c'est que l'institution de l'évêque appartient toujours au pape.

est posée c'est le secret du vote : «In electione superiorum quorumcunque abbatum temporalium et aliorum officialium ac generalium et abbatissarum ac aliarum præpositarum, quo omnia recte et sine ulla fraude fiant, in primo sancta synodus districto præcipit omnes supradictos eligi debere per vota secreta, ita ut singulorum eligentium nomina nunquam publicentur » (1). Mais c'était par là-même sanctionner la loi du nombre, la règle de la majorité absolue et dans tous les cas, puisque le système antérieur exigeait, comme on l'a vu, qu'on sût pour quel candidat chacun avait voté. La règle subsidiaire sur les deux tiers des voix tombait également puisqu'elle avait pour unique objet d'empêcher, lorsqu'elle s'appliquait, la *collatio* quant à l'autorité, au zèle et au mérite. C'est ce qu'enseigne nettement Gonzalez Tellez sur le c. 57 X. *de electione* « Dicendum est temporibus Concilii Lateranensis suffragia non per schedulas aut secreto fuisse præstita, sed coram tribus scrutatoribus palam ut ab ipsis posset fieri collatio meriti ad meritum et zeli ad zelum, quod in suffragiis per schedulas emissis fieri non poterat; quare, cum post dictum Concilium in aliquabus ecclesiis usus invaluisset ut tam publice quam secrete suffragia præstarentur magnaque sequerentur incommoda ex prædicta collatione meriti ad meritum, a Concilio Tridentino (*sess* 25 *de regul.* c. 6) statutum fuit ut amplius non inquiratur quænam suffragantium sit sanior sed tantum quæ sit major et sic hodie tantum numerus attenditur, ut, si persona idonea electa sit, *pars major etiam sanior præsumatur*; docent Pellizarius, Barbosa et Tamburinus, quos laudat et sequitur Hieronymus Garcia » (2). L'évolution était terminée. Mais, comme le montre ce passage de Gonzalez Tellez, pour arriver au résultat final, on restait fidèle aux précédents : la *major pars*, qui triomphait toujours, était en même temps présumée *sanior;* la seule nouveauté, c'est que maintenant cette présomption était absolue et n'admettait plus la preuve contraire.

(1) Sessio XXV, *de regul.*, c. 6, ed. Schulte et Richter, p. 408.

(2) *Commentaria perpetua in singulos textus quinque librorum Decretaliu*m, Francfort, 1690, sur c. 57, X. *de elect.*, n° 7, t. I, p. 365.

LE DROIT ROMAIN DANS LES CHARTES

DU IXe AU XIe SIÈCLE

EN FRANCE

Par **Jacques FLACH**, professeur au Collège de France

M. Fitting a eu l'indiscutable mérite d'éclairer les entours de la renaissance du droit romain au XI^e^ siècle, de nous faire mieux connaître ses précurseurs immédiats et ses ouvriers de la première heure. Son mérite aussi est d'avoir relevé avec un grand zèle scientifique les traces clairsemées du droit romain, dans la longue période qui va du VI^e^ au XII^e^ siècle; mérite d'autant plus grand qu'elles sont plus rares. Je tiens plus que personne à rendre hommage à ces services, si dignes d'éloge, puisqu'il existe une divergence de vues entre nous. Pour M. Fitting les traces qu'il a recueillies permettent de conclure à une survie effective, à une persistance réelle du droit romain ; pour moi, la survie n'a été qu'apparente, si par droit romain on entend la théorie juridique romaine.

Pourquoi ne l'avouerais-je pas ? J'aurais pu être séduit comme lui par l'idée d'une continuité d'enseignement et de culture du droit romain, à travers le premier Moyen-âge, d'une chaîne évolutive unissant les jurisconsultes romains aux glossateurs, si trente ans passés dans l'intimité des siècles qui forment les anneaux essentiels de cette chaîne ne m'avaient défendu contre toute illusion à leur sujet. On le comprendra sans peine. Supposez que le droit romain ait, dans cet intervalle, vécu d'une vie véritable, que son étude ait fait partie intégrante de la culture libérale, qu'il ait eu en France, au X^e^ et XI^e^ siècle, ses exégètes, ses docteurs, ses écoles mêmes, comment n'aurait-il laissé que des vestiges à peine perceptibles dans les multiples écrits du temps, les vies des saints et les chroniques, la correspondance épistolaire et les actes des conciles? Comment, à plus forte raison, n'aurait-il pas marqué d'une empreinte profonde les documents juridiques de l'époque, contrats, sentences, chartes de tout ordre ?

C'est ce dernier point, point capital, que je voudrais, non certes traiter dans toute son ampleur, mais élucider dans quelques uns de ses traits les plus significatifs, en ce mémoire qu'il me plaît d'offrir à M. Fitting, à la fois comme un témoignage de confraternité scientifique et comme une preuve de la sincérité avec laquelle j'écri-

vai en tête de mes *Etudes critiques* que je combattais les idées et non les hommes.

Dresser un procès-verbal de carence est un acte fort simple pour un huissier, extrêmement compliqué et délicat pour un historien du droit. Quand j'aurai dit que les chartes du pays de France dénotent, du IX^e^ au XI^e^ siècle, une ignorance à peu près totale du droit romain, faudra-t-il, pour en justifier, que je fasse passer sous les yeux du lecteur des milliers de documents pris au hasard dans la masse d'une centaine de mille que je crois bien avoir étudiée ? Heureusement que le nombre des éditions de cartulaires n'a fait qu'augmenter durant ces vingt dernières années et qu'ainsi une foule de pièces que j'avais dû recueillir dans les collections MSS, ou glaner dans les grandes histoires provinciales ou conventuelles, sont devenues d'accès facile. Ceux donc qui ne me croiront pas sur parole auront la ressource de se faire leur opinion propre en contrôlant la mienne, en se reportant aux nombreux textes ainsi mis au jour.

Ma tâche s'en trouve grandement allégée. Elle me paraît se ramener à ces trois points :

1° Relever les allégations ou citations typiques du droit romain, déterminer leur caractère, leur valeur, et leur degré de fréquence ou de rareté ;

2° Marquer ce qu'est devenue la terminologie et la langue juridique romaine ;

3° Rechercher ce qui survit du droit romain soit dans la forme des actes, soit dans le fond des institutions.

Ce n'est pas tout pourtant. Une énumération aride et technique ne saurait suffire. La lettre, comme le silence des documents, ne prennent toute leur valeur que par la connaissance du milieu ambiant. Je les comparerais volontiers à des points lumineux et à des masses d'ombre dont seule une vue à vol d'oiseau permet de saisir les rapports et l'harmonie. Essayons donc de nous placer assez haut pour embrasser du regard un large horizon historique.

I. — Vues générales.

Les Germains n'ont pas dû avoir, avant les invasions, la notion d'une loi territoriale. Dès lors, ils en arrivèrent tout naturellement à respecter, à laisser vivre les lois qui faisaient corps avec les nations

qu'ils soumettaient. La conquête ou l'annexion ne portaient pas, à vrai dire, sur le territoire, elles portaient sur les habitants. Les groupements ethniques continuaient à être des organismes vivants régis par leurs lois propres. C'est ainsi que les *Romani* gardèrent la leur.

Du VI^e^ au VIII^e^ siècle les *Romani*, que les barbares appelaient dans leur langue *Walah*, puis *Welsch*, étaient tous ceux qui parlaient le latin (littéraire ou vulgaire) par opposition aux *Barbares*, de quelque nationalité qu'ils fussent, qui se faisaient gloire de ce dernier nom. Ils comprenaient donc les Gallo-romains comme les Italiens. Ils avaient en commun langue et loi. Mais leur titre aussi bien que leur loi était marque d'infériorité, sujet de mépris de la part des vainqueurs (1), encore que ceux-ci se piquassent souvent de culture latine, se servissent de *Romani* comme agents ou fonctionnaires et fissent rédiger leurs propres lois en latin.

Au IX^e^ siècle la situation est changée du tout au tout. Il y a un Etat, une société nouvelle : l'empire et la société carolingienne. L'empire est régi par ses lois civiles et religieuses (l'Eglise étant intimement unie à l'Etat) et si la personnalité des lois persiste encore, elle tend à s'effacer, à se restreindre à de grands corps de nation (les Francs, les Teutons, les Lombards). La société a subi une refonte très intense. Non seulement des cadres administratifs ont été créés, au sein desquels une fusion des éléments disparates s'opère, mais par la culture introduite et développée sous l'impulsion de Charlemagne et de sa cour, et malgré les prédilections germaniques du grand empereur, une sorte de renaissance latine s'est faite. L'élément gallo-romain en a bénéficié, le latin, surtout le latin vulgaire, qui devient progressivement le roman, a gagné les Germains, si bien qu'il ne peut plus être question d'une opposition de langue et de caste entre les conquérants et les conquis, que le mot *Romanus* perd toute signification politique (2).

La loi romaine ne s'oppose donc plus à la loi germanique, comme loi de la grande masse des anciens *Romani*, d'autant moins qu'un

(1) *Cf.* Gaston PARIS, *Romani*, dans *Mélanges linguistiques*, Paris 1905, p. 9, et spécialement pour le Droit romain Charles LEFEBVRE, *Leçons d'introd. à l'hist. du dr. matrimonial*, Paris, 1899, p. 126 et suiv.

(2) Voir sur ce point G. PARIS, *loc. cit.*, p. 10, 17, 22, etc.

amalgame se réalise, non seulement par la pratique, mais par les capitulaires, les décrétales, les actes ecclésiastiques, surtout par les faux capitulaires et les fausses décrétales.

C'est une circonstance très grave et qui ne doit jamais être perdue de vue, quand on veut apprécier l'autorité relative du droit romain, que l'apparition, entre 847 et 857, des falsifications de Benoît Lévite et du Pseudo-Isidore. L'Etat se disloquait alors, après la mort de Louis le Débonnaire. Comme le dit un poète du temps, il n'y avait plus que des lambeaux de royaume, *pro regno fragmina regni* (1), le pouvoir législatif régulier allait être paralysé (2), l'Eglise était menacée de toutes parts par une anarchie débordante. Le moment était venu pour elle d'accomoder de ses propres mains la législation existante à ses intérêts, à ses besoins, à ses principes, de la subordonner au droit canonique, d'affranchir ses ministres de l'autorité laïque, de rendre effective et efficace la protection légale de ses biens et de ses serviteurs contre les usurpations et les rapines, en plaçant des codes artificiels, compilés par ses clercs, sous l'autorité du grand empereur Charles et des pontifes les plus vénérés de Rome. Tel fut le but visé, tel fut le but atteint par les deux grandes compilations que j'ai citées et dont la première surtout nous intéresse ici.

Dans les trois livres que Benoît Lévite a ajoutés aux quatre d'Anségise, presque tout est apocryphe, les trois quarts au moins des dispositions. Il fabrique de prétendus capitulaires avec des extraits remaniés ou déformés par lui du Livre de l'Alliance, des collections de canons ou de décrétales, des lois germaniques, des textes du droit romain ayant cours de son temps, dont il emprunte parfois la lettre à l'*Epitome de Julien*, mais presque toujours à l'*interpretatio* de la *lex Romana Visigothorum*. Beaucoup plus en harmonie avec les conditions sociales de l'époque que les lois authentiques, ce droit hétérogène et amorphe supplante du même coup et le droit franc et le droit romain, en partie même le droit canonique.

Dès 857, on voit des textes faux de Benoît Lévite figurer côte à côte avec des dispositions authentiques d'Anségise, être cités sous la même rubrique à la suite des capitulaires de Kiersy. Cinquante

(1) Voyez mes *Origines de l'anc. France*, I, p. 138.

(2) *Cf. ibid.*, III, p. 332 et suiv.

ans plus tard dans le concile de Trosly (diocèse de Soissons), la seule loi invoquée est le *capitulaire* par excellence, celui que Charles le Simple, à son tour, appellera en 920 le *liber regum capitularis*, le Code de Benoît Lévite en un mot. Les actes du Concile sont bourrés de citations qu'on lui emprunte (1); la loi romaine en est totalement absente. Une fois, il est vrai, elle semble citée, puisqu'on trouve la mention : « *item ex libro legum Theodosii III. Capite XII* « *Quod incesti non sint legitimi heredes; sed infamia sint notatæ utraeque personae* » (2). Mais ce n'est autre chose encore qu'une copie servile de Benoît Lévite (II, 410). Et celui-ci, à son tour, n'a pas puisé dans le Code Théodosien, mais dans l'*interpretatio* (3), dont il a travesti le sens, en tronquant le texte que voici : « *Atque etiam* SI FILIOS HABUERINT, *non habeantur legitimi nec heredes, sed infamia sint notatae utrimque personae..*»

Nous prenons sur le fait le procédé que, dans leur citation de prétendues lois romaines, les rédacteurs de chartes vont employer couramment.

Le même concile dit, en termes exprès, que les capitulaires (entendez toujours Benoît Lévite) ne font que suivre les canons, qu'ils sont *canonum pedisequa* (4), d'où un canoniste, le cordelier Pagi, a conclu, avec une parfaite logique, qu'ils avaient, aux yeux de l'Eglise du X^e^ siècle, autant d'autorité que les canons eux-mêmes,(5). Et, en réalité, le *capitularium* de Benoît Lévite, soit qu'il s'approprie ou confirme la *lex seculi* par des dispositions de détail (6), soit qu'il exclue la loi romaine, en empruntant à la loi des Visigoths la disposition générale par laquelle celle-ci lui avait retiré l'autorité légale (7), soit enfin qu'il déclare les canons et les décrétales supérieurs aux constitutions (8), la loi divine supérieure à la loi impé-

(1) Les actes de ce Concile ont été publiés par GOUSSET, *Actes de la province ecclésiastique de Reims* (Reims, 1842), I, p. 562 suiv.—On les trouvera aussi dans MIGNE, t. 132 c. 675 suiv

(2) GOUSSET, I, p. 592.

(3) *Interpr.* de C. Th., III, 12, c. 3, HAENEL, p. 90.

(4) GOUSSET, I, p. 569.

(5) HEFELE, *Conciliengeschichte*, t. IV (1879), p. 573, note 1.

(6) *Cf.* III, 108, 117, 352, etc.

(7) BENOIT LEVITE, II, 343.— *Lex Visigothorum*, II, 1, 10 (éd. ZEUMER).

(8) III, 346, *cf.* Add. IV, 60.

riale (1), en tout cela, il se donne manifestement lui-même pour l'expression parfaite de la loi ecclésiastique (2), de la loi divine, devant laquelle la loi romaine doit s'effacer et disparaître (3).

Il est aisé de voir, en de telles conditions, à quoi se réduit la proposition fameuse que l'Eglise au Moyen-âge vivait selon la loi romaine. Elle en vivait dans la mesure où elle se l'était appropriée en l'introduisant, à faible dose, dans ses collections canoniques ou ses formulaires (4) (ce qui en faisait, au sens le plus divers, une *lex canonice compta*), et en la pratiquant, comme une coutume traditionnelle, dans les cas relativement rares où elle continuait à y avoir intérêt. C'est uniquement à une telle coutume que se réfère le passage si souvent cité de la loi des Ripuaires (58,1)—la coutume, qu'on faisait remonter à Constantin (5), mais qui pouvait même être antérieure, de faire les affranchissements dans l'Eglise. Le texte en question se place entre 575 et 596, or dès 549 le cinquième concile d'Orléans justifiait cette forme d'affranchissement par la *coutume du pays* (6).

De décision de principe émanée de l'Eglise il n'en existe aucune et c'est tout à fait à tort que Lœning (7) a présenté comme tel le premier canon du premier concile français, le concile d'Orléans de 511. Il me suffit de rétablir en note(8) la phrase entière dont il n'a cité que ce passage en apparence si probant : « *id constituimus observan-*

(1) Add. III, 18.

(2) « Hujus constitutionis forma servetur, ut exsecrandum anathema fiat..... quicunque regum deinceps *canonis hujus* censuram in quocunque crediderit aut permisserit violandam », II, 322.

(3) La loi romaine est qualifiée, il est vrai, dans l'Add., IV, 160 : « *omnium humanarum mater legum* », mais c'est uniquement pour lui emprunter la peine de la crémation édictée par C. Théod., IX, 4, c. 5 (Bréviaire, éd. HAENEL, p. 178-179).

(4) M. Ch. Lefebvre a mis très justement en relief la faible place faite au droit romain dans les formules de Marculf, en même temps que l'indifférence et l'ignorance voulue que l'Eglise pratique à son endroit (*op. cit.*, p. 127 suiv.).

(5) *Lex romana*, C. THEOD., IV, 7 (HAENEL, p. 110).

(6) « Qui in ecclesiis *justa patrioticam consuetudinem* fuerint absoluti »(can. 7, éd. MAASSEN), *Concilia aevi Merovingici*, p. 102 (M. G., 1893).

(7) LŒNING, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, II, p. 285.

(8) Le véritable texte le voici : «« De homicidis, adulteris et furibus, si ad ecclesiam confugerint, ID constituimus observandum, quod ecclesiastici canones decreverunt et lex Romana constituit : UT ab ecclesiæ atriis vel domum ecclesiæ vel domum episcopi eos abstrahi omnino non liceat.» (Ed. MAASSEN, p. 2-3).

dum quod ecclesiastici canones decreverunt et lex Romana constituit», pour prouver que nous n'avons affaire qu'à une de ces applications particulières dont le nombre et le poids sont insignifiants quand on les compare à tant d'emprunts que l'Eglise a faits aux lois germaniques ou aux capitulaires et quand on sait avec quelle docilité elle s'est soumise au pouvoir législatif ou réglementaire des rois francs (1).

Il n'en va pas autrement après l'époque carolingienne. Je m'en tiendrai à deux exemples. Au concile de Limoges de 1018, ce n'est pas de la loi romaine, c'est de la coutume immémoriale et de la *loi salique* que les évêques se prévalent pour justifier la *manumissio in ecclesia*, l'affranchissement devant l'autel de Saint Martial (2) ; d'autre part, dans une cour ecclésiastique tenue, au XI^e^ siècle, pour vider un différent entre deux abbayes (Marmoutier et Saintes) c'est *secundum leges Francorum* que jugent les évêques de Poitiers, de Saintes et d'Angoulême (3).

Si l'on veut se représenter l'idée que, dès le IX^e^ siècle, le clergé français se faisait de la loi romaine, qu'on lise un faux diplôme de Charles le Chauve (4), œuvre d'un moine lettré de la puissante abbaye de Saint-Denis, qui pourrait bien être le rédacteur même des *Gesta Dagoberti*, d'où le document a été manifestement tiré (5).

(1) Depuis Charlemagne, tous les actes des Conciles en témoignent. Je me borne à citer cette conclusion du Concile de Tours de 813 : « Hæc nos in conventu nostro ita ventilavimus ; sed quomodo deinceps piissimo principi nostro de his agendum placebit, nos fideles famuli ejus libenti animo ad nutum et voluntatem ejus parati sumus.» *Concilia aevi Karolini, ed. Werminghoff* (1906), p. 293.— Voyez aussi ce que je dis plus loin de la justice carolingienne.

(2) « Semper fuit consuetudo quicunque voluerunt sursum aut ante altare... servos suos libertati darent. — Episcopi dixerunt... « licitum est... sicut sæpe per plures civitates fieri videmus,,, imo *lex Salica* continet ut ubicunque servi dominus voluerit, potest servum relaxare ». (*Acta Conc. Lemov.* MIGNE, 142, 1394-5.)

(3) «Judicaverunt episcopi qui aderant... *quod secundum leges Francorum* juste esset causa ista definita» (XI^e^ siècle, charte extraite du Cartul. breton de Marmoutier, Baluze *Miscellanea*, VII, 217).

(4) «... De villa Sadregisili.Aquitanorum ducis a quibusdam nequam hominibus interfecti cujus mortem ejus filii in palatio educati *noluerint evindicare cum facillime possint vi(n)dictam perficere.* Itaque Dagobertus... *propter ignaviam eorum*, secundum legem Romanam ab eisdem paternas possessiones ideo subtraxit et Sctis Martiribus... distribuit.» (Cart. MS. de Saint-Denis, original II, p. 431. Copie XIV^e^ siècle, f. 92. B. Nat. lat. 5415).

(5) Les *Gesta Dagoberti*, dont on a entrepris dans ces derniers temps la réhabilitation,

La *lex romana* qu'on y allègue est, comme l'ont fort bien reconnu Zeumer et Krusch, l'*interpretatio* de Paul (1). De sorte que l'obligation de l'héritier romain de mettre, sous peine d'indignité, les esclaves, la *familia*, du D. C. à la torture quand leur maître a été assassiné par eux, devient le devoir germanique d'exercer la vengeance privée, la *faida* (2).

En Italie même où un capitulaire fictif de Louis le Débonnaire semblait justifier une soumission légale de l'Eglise au droit romain (3), Atton de Verceil n'en invoque pas moins la loi salique et ne parle que d'une simple *convenance* pour les prêtres d'observer certaines dispositions de la loi romaine (4).

Si l'Eglise, comme corps, n'était pas liée par la loi romaine, les clercs comme individus l'étaient encore beaucoup moins. Dès la seconde rédaction de la loi ripuaire (5), le clerc était régi par la loi de sa nation d'origine et non plus par la loi romaine (6). Plus tard, au IX^{e} siècle, clercs et laïcs, quelle que fût leur nation d'origine, relevèrent infiniment plus de la volonté et de la justice royale que de leur loi personnelle. C'est au monarque et à ses conseillers qu'il appartient de mettre les prescriptions de la loi séculière en harmonie avec la loi divine, de les tempérer par la charité, la clémence, la justice supérieure, l'équité en un mot (7).

portent : « Cum haberet ipse S. filios in palatio educatos, qui cum facillime possent mortem patris evindicare noluerunt, proptea postea *secundum legem Romanam a regni proceribus redarguti*, omnes paternas possessiones perdiderunt.» (Ed. KRUSCH, *SS. rer merov.*, II, p. 413.)

(1) PAUL, III, 7, *ad Sen. Silanium* 1. *Interpret.* (HAENEL, p. 384). « Quicunque a familia sua occisus fuerit, hereditas... ab herede adiri non potest nisi prius... *mors occisi fuerit vindicata* ».

(2) Reginon dira expressément : « *Vindicta parentum* quod *faidam* dicimus. » (*De Eccles. disc.*, II, 5, MIGNE, 132, c. 282.)

(3) « Ut omnis ordo ecclesiarum secundum Romanam legem vivat.» Texte attribué à tort à L. le Débonnaire par le *Liber Papiensis*. (BORETIUS, *Capit.*, I, p. 335.)

(4) C'est après avoir cité un édit de Childebert II qu'il écrit : « Romani *quoque* principes totius pene monarchiæ dominantes, quorum legem etiam nobis sacerdotibus in multis convenit observare.» (*Epist.* 5, MIGNE, 134, c. 106.)

(5) Elle est représentée par la classe B des MSS et date de l'époque carolingienne, tandis que la première rédaction est des temps mérovingiens.—Voyez éd. SOHM, *Monum. Germ. Leg.* V., p. 195.

(6) *Cf.* les deux rédactions successives XXXVI, 5, éd. SOHM, p. 230 et la note 74.

(7) Voyez *Origines de l'ancienne France*, III, p. 358 suiv.

Grâce aux assemblées annuelles, grâce à l'appel toujours ouvert, en faveur de faibles, au palais du roi (1), les laïcs étaient jugés par le comte du palais, les clercs par l'apocrisaire ou le chapelain. Ces officiers exerçaient une véritable juridiction d'équité (2), et pour plier la lettre de la loi à l'esprit de justice, pour faire fléchir sa rigueur devant la mansuétude chrétienne, il leur suffisait de renvoyer la cause au monarque et à ses conseillers (3). Suivant les cas, deux cours se tenaient : une cour ecclésiastique et une cour laïque, mais elles pouvaient à volonté se réunir, non seulement pour les affaires mixtes mais pour les affaires purement séculières ou purement religieuses (4). Que le roi y siégeât ou fût absent, cette juridiction était armée de pouvoirs discrétionnaires. Le droit, quel qu'il fût, romain ou germanique, canonique ou royal, pouvait subir de son fait une refonte incessante. Sa jurisprudence amendait et créait le droit. Mais l'œuvre n'eut pas de lendemain. L'action dissolvante fut plus forte et plus durable que l'action créatrice. Quand, à la fin du IX^{e} siècle, l'autorité s'émiette et que sombre la justice régulière, les lois que la cour du roi avait affaiblies ou déformées offrirent une résistance d'autant moindre à l'arbitraire seigneurial et à l'usage local ou régional.

L'arbitraire seigneurial intronisait la force, l'usage s'inspirait de mœurs de plus en plus rudes et grossières. Comment le droit romain n'y aurait-il pas succombé ? Les nuances si fines, si subtiles de la théorie juridique de Rome, qu'est cela, désormais, à supposer que quelque chose en survive ? la délicatesse d'un réseau de toile d'araignée opposée à la brutalité d'un coup d'épée. Le combat judiciaire ou l'épreuve par le fer ardent, voilà le mode normal de vider les procès, et il n'est besoin pour cela ni de Paul, ni d'Ulpien, ni de Gaius. Que pour la forme on invoque encore la loi romaine,

(1) Hincmar, *De ordine palatii*, cap. 26, éd. Boretius-Krause. (*Capit.*, II, p. 526.)

(2) « Ut omnes contentiones legales, quæ propter æquitatis judicium palatium aggrediebantur, juste ac rationabiliter determinaret, seu perverse judicata ad æquitatis tramitem reduceret.» (*Ibid.*, cap. 21, p. 524.)

(3) « Si quid tale esset quod...secundum gentilium consuetudinem crudelius sancitum esset, quam christianitatis rectitudo vel sancta auctoritas non consentiret, hoc ad regis moderationem perduceretur cum his qui utramque legem nossent... ut... lex sæculi merito comprimeretur, justicia Dei conservaretur.» (*Ibid.*, p. 524-5.)

(4) *Ibid.*, cap. 35, p. 529.

qu'on s'en réclame comme d'un moyen dilatoire, ou que, pour changer de juges, on en appelle à des *docteurs* ès lois, quel sera le résultat? le combat judiciaire. Témoin la paradoxale histoire, si souvent citée, des miracles de Saint Benoît. Elle ne se termine pas autrement (1).

Volontiers nous songeons au prestige, à l'autorité qu'avait dû garder la *majesté* de la loi romaine. Prestige purement nominal autorité purement fictive. A quelle autorité le droit romain pouvait-il prétendre? Une autorité morale? — Il eût fallu alors le connaître et l'approfondir ; or on l'ignorait et on le délaissait. — Une autorité légale? Ce n'est pas de la promulgation, en 438, du Code Théodosien, comme loi territoriale de la Gaule, qu'il pouvait la tenir, puisqu'il avait perdu tout caractère de territorialité, à la suite des invasions, ni de sa reconnaissance comme loi personnelle par les conquérants Germains, puisqu'il s'était dissous, comme tel, sous l'action de la royauté et de l'Eglise, et que le Bréviaire d'Alaric même avait été formellement abrogé, dès le VII[e] siècle (2), dans ce qui restait du royaume des Wisigoths.

Et le prestige même du nom romain n'avait-il pas disparu devant la suprématie franque (3), qu'exaltaient déjà les prologues de la loi salique, et qui, héritière de la gloire de Charlemagne, communiqua son éclat à cette loi elle-même et la fit triompher des autres législations germaniques. Que cet éclat fût en grande partie extérieur, je le veux bien, puisqu'on n'avait pas grand souci des dispositions légales, mais c'est de prestige que nous parlons et celui de la loi salique fut tel que, même de nos jours, il nous a valu cette déclaration enthousiaste d'un historien allemand : «le droit franc salien est le droit universel du moyen âge» (4). De fait, la loi salique est pour le royaume de France la loi séculière par excellence (*lex mundana*) et c'est sous son nom que le droit coutumier établit sa domination : droit germanique (5) ou droit romain, droit populaire ou

(1) *Miracula S. Benedicti*, I. 25, p. 56-57, éd. CERTAIN.

(2) *Lex Visigoth.*, éd. ZEUMER (1902), II, 1. 10-11. (*Recceswindus*, 649-672.)

(3) Voyez mes *Origines de l'ancienne France*, III, p. 157 suiv.

(4) M. Sohm, cité par moi, *Origines*, I, p. 11-12,

(5) Même le droit visigothique.— Voyez une charte d'Arnaud, comte de Carcassonne (949) (H. DU LANG., nouv. éd., V, 207) qui met sur le compte de la loi salique (quod *legis Salicae* insinuat institutum) une formule tirée de la *Lex Visigothor.*, V, 2, 1; V, 4, 3. —

droit royal, la loi romaine se borne à l'assister dans cet office. On pare d'une étiquette romaine ce qui est germanique, comme ailleurs d'une étiquette salique ce qui est romain.

Une fois que la loi est démarquée, la théorie juridique s'oblitère de plus en plus, l'empirisme s'y substitue. Le droit redevient une sorte de matière fruste, indistincte, sinon inerte, que le juge et le praticien, également ignorants, — n'était-il pas interdit au clerc de postuler (1) ? — triturent, modèlent à leur gré, à laquelle la force brutale, la nécessité du jour, l'imagination et les mœurs populaires impriment leur empreinte. Il n'est pas jusqu'au droit canon qui ne vécût et se propageât sous cette forme. Et finalement, sur toute la ligne, c'est à la pratique coutumière que la victoire appartient, au Midi aussi bien qu'au Nord (2).

Je ne suis pas loin de penser, avec un de nos meilleurs connaisseurs du Midi, M. Brutails, que «la division de la France en pays de droit écrit et en pays de droit coutumier, quelque ancienne qu'elle soit d'ailleurs, est une grave erreur historique» (3). M. Brutails montre fort bien que cette erreur provient du vêtement romain que les tabel-

Une formule analogue est employée dans une charte de Narbonne de l'an 963 (H. du L. V,251) comme étant : « jure sancitum atque decretum in mundanis legibus a viris sagacibus ».

Pour ne pas se tromper, on écrivait prudemment : « Multum declarat auctoritas et *lex romana* et *gotha*, sive *salica* ut...» (942 Cart. St-Salvi d'Albi. H. du L., V, 192), puis plus tard *lex Romanorum, et Gothorum sive Salicorum* (1037, H. du L., V, 211), *cf.* V, 363.)

(1) *Cf.* Benoît Levite, II, 124. Add. II, 46, IV, 46.

(2) J'ai trouvé dans deux MSS du X^e^ siècle de la Bibliothèque de Berne, — provenant de Bongars et ayant appartenu, le premier très probablement, le deuxième certainement, à l'abbaye de Saint-Benoît-sur-Loire, — un diagramme, sorte d'arbre généalogique, des connaissances et des vertus humaines, où la coutume figure comme source unique du droit. La grande science — la philosophie — a à sa droite la physique, à sa gauche la logique (avec ses dérivés : rhétorique, grammaire, dialectique). De la philosophie naît l'éthique et de celle-ci procèdent les quatre vertus capitales des anciens : Prudentia, justitia, fortitudo, temperantia. La *justitia* se dédouble en *naturalis* et *consuetudinaria*. La *naturalis* engendre : religio, pietas, gratia, vindicatio, observantia, veritas. La *consuetudinaria* : pactum, pax, judicatum, lex. (MS. Berne, B. 56, f° 5^a^; 351, f° 137^b^.— Le recto de ce f° porte la mention expresse : « hic est liber S. Benedicti abbatis Floriacensis.»)

(3) Brutails. *Etude sur la condition des populations rurales en Roussillon au M. A.* (Paris 1891), p. XXVI. — Il avait commencé par dire : « Le droit romain proscrit par les rois visigoths au VII^e^ siècle paraît avoir perdu toute son action. Continua-t-on de l'étudier ? Je l'ignore. Mais on dut cesser de l'appliquer et il ne m'est pas possible de citer un seul document roussillonnais des IX^e^ et X^e^ siècles où le droit romain soit visé.»

lions du Midi, sous l'influence des glossateurs, et par « un besoin naïf de faire parade de leur érudition » ont donné à leurs actes, dont le fond n'a rien de romain, est purement coutumier. Il ajoute : « Ces réminiscences classiques ne suffisent pas pour que le droit de nos pays procédât du droit romain : autant vaudrait dire que la chanson de Roland dérive de l'Iliade et de l'Enéide, parce que le trouvère nomme de loin en loin, et avec l'à-propos que l'on sait, les dieux de l'Olympe (1) ».

Si cela est vrai des chartes postérieures à la renaissance juridique du XII^e^ siècle, combien plus vrai de celles qui appartiennent à l'époque antécédente. Là, nous allons le voir, l'ignorance et la méconnaissance des textes sont totales. On ne peut plus même parler de vêtement romain, mais tout au plus de débris d'étoffe qui, de ci de là, restent accrochés aux chartes comme des fils de laine aux buissons.

L'étoffe elle-même n'est qu'un oripeau de qualité tout à fait inférieure. L'*interpretatio* du Bréviaire et ses Epitome en fournissent à peu près exclusivement la matière. L'*auctoritas romana*, la *lex romana*, c'est l'*interpretatio* (2).

En y regardant d'un peu près, on reconnaitra que toutes les énonciations de chartes que l'on pouvait croire tirées des lois du Bréviaire proviennent de l'*interpretatio*, d'un abrégé ou d'un *excerptum*. Ainsi, sur le petit nombre de nos chartes du X^e^ siècle que mentionne sommairement Haenel comme ayant cité le Bréviaire (3), il en est

(1) *Loc. cit.*, p. XXVIII.

(2) Un excellent érudit, M. Stouff, l'avait déjà reconnu pour les formules. (*De formulis secundum legem romanam*, Paris 1890, p. 47-48) et il a conclu justement que ce n'était pas là du droit romain (p. 50-51).

(3) Il n'en signale que trois (p. 465, col. 2) qu'il désigne ainsi :

Doc. Franc. a. 949, c. Th. III, 1, 1 interpr.
— a. 968, c. Th. IV 16, 2 interp.
— a. 984, c. Th. IV,16, 2.

Le premier de ces documents est évidemment la charte d'Arnaud de Carcassonne (949) (H. du Lang, V, 207) qui porte : « quod legis Romanæ *primum capitulum apud librum tertium* saluberrime intonat : Cum inter ementem atque vendentem, etc,» ce qui est l'*interpretatio* de C,Th.III, 1,1.—Le 2^e^ est non moins certainement une charte du Cart. de St-Victor de Marseille, la charte 290 (968) où on lit (I. p. 309) : « Et si legibus factum et diffinitum habui qualiter *lex romana* comemorat : «quicquid in presentibus partibus...»ce qui est l'*interpretatio* de C. Th. 15 (16) 2, 2 (p. 122).—Ce même texte est reproduit dans la charte

une qui, d'après sa table, se rapporterait, par exception, au texte lui-même, alors qu'en fait c'est de l'*interpretatio* qu'elle est littéralement prise. Il en est de même, on le verra plus loin, d'une charte de 894 du cartulaire de Grenoble (1) que M. Stouff croyait se référer au Code Théodosien (2).

On ne saurait sur ce point concevoir le moindre doute, ni la moindre hésitation : l'*interpretatio* a, dès le IX^e^ siècle au plus tard, supplanté le texte, comme, à l'époque de décadence des glossateurs, la glose l'a supplanté. Praticiens et lettrés marchent la main dans la main. Il suffit de jeter un coup d'œil sur le tableau que Haenel a dressé des emprunts faits au Bréviaire par les écrivains du IX^e^ du X^e^, du XI^e^ siècle, pour constater — sauf pour les sentences de Paul, et j'en dirai la raison. — que partout c'est l'*interpretatio* qui est utilisée. Plus on complèterait ce tableau, plus il deviendrait probant. Un seul exemple : au XI^e^ siècle, Odoranne de Sens fait une série de citations « *ex libro VIII legis romanæ* » et toutes sont copiées de l'*interpretatio* (3). Il n'en va pas autrement des vies des Saints (4) où, du reste, les allusions à la loi romaine sont aussi rares que vagues et mettent, si je puis dire, loi romaine et loi canonique dans le même sac, comme nous l'avons vu faire plus haut pour la loi romaine, la loi des Visigoths et la loi Salique (5).

Qui donc alors serait surpris que les copistes, au lieu de transcrire le texte des lois du Bréviaire, s'en soient tenus à des abrégés, des

674 du Cart. de St-Victor (978-984), I, p. 647, et ainsi le 3^e^ document visé par Haenel ne cite pas une loi, mais l'*interpretatio*.

(1) Cartul. de Grenoble, p. 67.

(2) *De formulis*, p. 47, note 4 *in fine*.

(3) Odoranne de Sens, *Opusc.* III. (Duru, *Bibliothèque hist. de l'Yonne*, II, p. 404-405.) Les textes cités sont empruntés à l'*Interpretatio* de C. Theod., IX, 1, 3, 7, 11.

(4) Savigny a cité (II, p. 3), d'après Hauteserre, un passage de la vie de St-Gérard d'Aurillac, par St-Odon de Cluny (†942) (Migne, 133, c. 692), qui lui paraît supposer une connaissance de la loi Fufia Caninia, ou tout au moins du Bréviaire, notamment du *Liber Gaii*, II pr. Mais il est à remarquer que cette connaissance se restreint au chiffre de cent affranchissements imposé comme maximum au testateur, chiffre qu'indiquent tous les *epitome*, comme aussi une sentence de Paul (IV, 13, 4, Haenel, p. 412) qui, dépourvue d'*interpretatio*, en faisait office.

(5) On peut le voir dès le VIII^e^ siècle dans la Vie de St-Prix (*Vita Sancti Projecti*, c. 11, Mabillon A. SS. B, II, p. 643) où le saint refuse de plaider pendant les fêtes de Pâques « *juxta statuta Canonum vel legem quæ dicitur Romana* » (*cf.* C. Th. II, 8, 2. *Interp.*, Haenel, p. 44).

excerpta, ou à l'*interpretatio* toute nue, sans le texte qu'elle devait expliquer ? Sur environ quatre-vingt MSS, qu'a inventoriés Haenel, vingt seulement font exception à la règle, et presque tous ceux-là sont du IX^e^ siècle ; aucun ne dépasse le X^e^. Seul le texte des sentences de Paul paraît trouver plus souvent grâce devant les copistes, par l'évident motif que tantôt l'*interpretatio* est ici plus prolixe que le texte, tantôt au contraire manque totalement.

Le mépris de plus en plus absolu de la source, son inintelligence (laquelle ressort manifestement, de l'inutilisation de Gaius (1), l'attachement servile à un guide-âne de praticien ne laissent planer aucune incertitude sur la parfaite stérilité des invocations de la *Lex romana*. Les formules sont vides de leur contenu, le mot, d'ordinaire adultéré lui-même, surnage, le sens juridique a sombré. Un petit nombre d'*excerpta*, d'*exceptiones*, quelques types conservés comme modèles, tel devait être le bagage du scribe, et l'on s'explique la pauvreté, la maladresse, la monotonie désespérante des préambules. C'était se donner à peu de frais un brevet d'érudition, d'*eruditio legum Romanorum* (2), se faire passer pour un personnage qui *leges piissimorum imperatorum planiter novit* (3). C'était un moyen peut-être aussi d'inspirer davantage le respect de la charte, en la plaçant sous l'invocation de la loi séculière, comme ailleurs ou simultanément sous l'invocation des lois divines. Mais combien plus efficaces devaient paraître les imprécations menaçant de la colère de Dieu ou des Saints qu'un appel à une loi sans sanction et au prestige mort du nom romain !

Du moment que les textes législatifs de la *lex Romana Visigo-*

(1) Voyez les observations très justes de M. DE HALBAN, *Das Römische Recht in den Germanischen Staaten*, t. II (Breslau 1901), p. 328-329.

(2) « Scripture divine testimoniis et *Romanorum legum erudicione* didicimus quod si quisquam aliquid de rebus suis donaverit aut aliena injuste detenta dimiserit, scripture documento et testium corroboracione hoc confirmet, ut *accio vetus non varietur per novos sepius relatores.*» (Cart. Lerins, fin XI^e^ siècle, ch. 216, éd. de FLAMMARE).—C'est un bon échantillon, forme et fond, de l'*érudition* romaine des scribes.

(3) On jugera sans peine de l'amplitude de la science juridique de ce clerc en lisant le préambule entier : « Qualis autem vel quanta unicuique homini ex rebus suis concessa sit potestas in dando vel in vendendo seu in caucionem mittendo,sive liber sit, *sive servus*...» (960, Ch. de CLUNY, I. p. 185), et en remarquant que le même clerc — le « levita Siefredus » — a placé une formule analogue en tête d'une autre charte où il ne manque pas, comme ses confrères, de confondre la donation et la vente (960 même Cart., I, p. 186-187).

thorum ne furent pas utilisés directement, il devait en être autant, avec plus d'évidence, du Code Théodosien et des collections Justiniennes. Il ne semble pas douteux que le premier fût resté accessible aux clercs ; pourtant le titre XVI seul attira quelque attention, et combien parcimonieuse (1) ! Quant aux collections de Justinien, nous n'avons pour la France aucune preuve qu'elles y aient été transcrites ou se soient trouvées dans nos bibliothèques, avant la fin du XI^e^ siècle. Les scribes les auraient-ils eues à leur disposition, il est invraisemblable qu'ils s'en fussent servis. Nulle trace, en tout cas, de leur emploi ne se constate dans nos chartes, nul emploi même de l'*Epitome de Julien* (2) qui aurait fourni cependant, sans peine, des préambules autrement riches que les chétives formules dont nous allons passer la revue sommaire.

II. — Les allégations et citations de la Loi Romaine.

Les érudits qui, rencontrant dans un cartulaire quelque mention de la *lex romana*, ou quelque allusion plus ou moins exacte aux *gesta*, à la *lex Julia* ou à la *quarte falcidie*, se sont imaginé, à la suite de Raynouard, avoir affaire à du droit romain, ont fait erreur du tout au tout. Ils ont pris du plaqué pour du solide, un ornement postiche pour une pierre de soubassement, un débris fossile pour une plante vivace.

D'autres se sont bien aperçu qu'ils n'avaient devant eux que des réminiscences lointaines (3) mais ils ont été, à leur tour, victimes d'un mirage. Par un oubli singulier de toute la littérature juridique qui va des invasions au IX^e^ siècle, ils ont cru que le mot *lex* ou *leges* se rapportait nécessairement à la loi romaine, et en outre ils se sont étrangement abusés sur le nombre des cas où cette loi est invoquée. La lecture de tel cartulaire du Midi où elle apparaît un peu plus fréquente leur a, sans nul doute, donné le change, comme au théâtre le défilé de quelques choristes, qui sortent à gauche et rentrent à droite, donnent l'illusion de la foule (4).

(1) *Cf.* mes *Etudes critiques*, p. 81 et le livre de M. de Halban, II, p. 350. — Nulle part je ne le vois mettre à contribution par nos chartes.

(2) Cet Epitome eut du reste la même fortune que le Bréviaire, même pour les plus instruits tels qu'Hincmar. Dès le IX siècle, il ne fut cité que de seconde ou troisième main, au moyen d'*excerpta* ou de sommaires, voire de gloses. (*Cf.* Halban, *op. cit.*, p. 354-5. Conrat, *Geschichte der Quellen des R. Rechts* (Leipzig 1891), p. 39.

(3) Jarriand, *Histoire de la Novelle* 118 (Paris 1889), p. 197.

(4) Dans une foule de cartulaires, du Midi comme du Nord, de l'Ouest comme de l'Est,

Je n'ai eu ni la curiosité ni la patience de mettre bout à bout, pour les additionner, toutes les allégations de la loi romaine que j'ai rencontrées dans les chartes, par la bonne raison que leur figure importe plus que leur nombre, et que toutes se ressemblent. Mais je puis bien assurer, d'après les notes que j'ai prises et les souvenirs que j'ai gardés, qu'on aura bien de la peine, si on y arrive, à glaner pendant l'espace de deux siècles et dans la France entière, une centaine d'appels exprès à la *lex romana*, et y en eût-il dix fois plus, que cela ne prouverait rien, dût-on y ajouter les emprunts anonymes à l'*interpretatio*. En effet, les uns et les autres tournent toujours dans le même cercle, dont l'étroitesse saute aux yeux et dont la tautologie et le truisme font tous les frais, sans souci de la vérité juridique romaine. Je demande des investigateurs de bonne volonté, des fureteurs même, pour modifier sur ce point ma conviction. En attendant les découvertes qu'ils pourront faire, je suis bien obligé d'avouer que mon dépouillement méthodique et de nos cartulaires de France, et de nos collections manuscrites de copies de chartes (1) — collections dont les textes sont souvent beaucoup plus sûrs, moins truqués que ceux des cartulaires (2) — ne m'a fourni comme résidu que les types suivants (3) :

il n'y a pas la moindre invocation de la loi romaine. Pour le Midi, le Cartulaire de St-Victor de Marseille et le Cartulaire de Lerins, où quelques formules stérotypées reviennent assez souvent, ont fait illusion et ont conduit M. Jarriand à une distinction arbitraire entre le Sud-Ouest et le Sud-Est ; le premier, où l'influence du droit romain aurait été moindre, le second où les mentions de la loi romaine seraient «*si nombreuses qu'il est impossible de songer à les énumérer* (!). (Jarriand, *loc. cit.* — M. Stouff, *Nouv. Rev. histor. de dr.* 1887, p. 280, paraît avoir adopté l'expression et il ne cite en note que les Cartulaires de St-Victor et de Lerins. On attendait la publication du Cartulaire d'Auch pour y voir plus clair. Il a paru, et beaucoup d'autres : les cartulaires de St-Jean-du-Mont, les cartulaires d'Aniane et de Gellone, le grand cartulaire de St-Sernin, etc. Qu'on les lise et l'on sera édifié, je pense, sur la *possibilité d'énumérer* les mentions de la loi romaine qu'ils contiennent.

(1) Voyez l'énumération sommaire que j'en ai donnée dans mes *Origines de l'ancienne France*, I, p. 43-44.

(2) M. Richard a prouvé récemment à quel point le texte des cartulaires de l'Ouest diffère souvent des copies de chartes de la collection Fontaneau, le premier ayant été remanié et expurgé après le XI^e^ siècle (Richard, *Chartes et documents de St-Maixent*, I, p. XIV-XV) Sur les libertés que prenaient les rédacteurs des cartulaires avec les documents qu'ils étaient censés transcrire, on peut voir Giry, *Manuel de Diplomatique*, p. 31-32. — Il s'ensuit qu'il faut avoir un grand égard à la date même des cartulaires.

(3) On ne me demandera pas, je pense, de faire état d'une formule telle que la suivante,

1° Liberté de disposer ;

2° Irrévocabilité des actes et clause pénale ;

3° Nécessité de l'écriture ;

4° Assimilation de l'échange à la vente ;

5° Esclavage et affranchissement.

Je vais donner les exemples caractéristiques que j'ai notés de chacun de ces types.

1° *Liberté de disposer.* Il est inutile d'insister sur l'utilité évidente qu'avait pour l'Eglise, en vue de l'accroissement incessant de son patrimoine, l'affirmation répétée que chaque particulier était maître de disposer à volonté de ses biens, et spécialement en vue d'œuvres pies, au profit de Dieu et de ses Saints. Mais, formulé en termes absolus, était-ce là un principe de droit romain ? Chacun sait bien que non et il ne nous sera pas difficile, je l'espère, de découvrir la source, singulièrement trouble et mélangée, d'où la formule typique est sortie. Pour y parvenir, groupons d'abord la série des aspects sous lesquels elle se présente.

1° Loi romaine invoquée seule :

Lex romana docet ut quaecumque persona, quae de rebus suis aliquid in alterius potestate tradere voluerit, liberam et firmissimam habeat ad faciendum facultatem (1037–1055, *Cart. de Beaulieu*, p. 157) (déjà en 865, ibid. p. 259).

Legarum antiquarum maxime imperatoris Constantini (1), *auctoritas sancsivit ut si quislibet homo res proprietatis suae in jus alterius transferre voluerit, liberum obtineat arbitrium peragendi* (*IX*e–*X*e *s.* ibid. p. 224).

Sancitum atque decretum tenemus a civibus Romanis ut unusquisque homo de facultatibus suis sive de hereditate sua pro anima sua

aussi isolée, du reste, qu'inoffensive : « More antiquorum patrum cunctorumque civium lege Romanorum decretum est in orbe terrarum ut principes seculares legalia precepta servantes, judicaria potestate falsa destruerent et recta perquirerent». (Chartes de Cluny, 903, I, p. 91.)

(1) Constantin, comme la loi romaine en général, avait bon dos. Deux idées également fausses paraissent avoir eu cours à son sujet. Suivant l'une, que nous retrouverons plus loin, il aurait rendu obligatoire l'écriture pour les contrats, suivant l'autre, il aurait établi la pleine liberté de disposer. Pensait-on que celle-ci découlait de celle-là ou bien y aurait-il eu une vague tradition que les *gesta* avaient fait tomber les restrictions de la *lex Cincia* ? De toute manière, nous sommes en pleine fantasmagorie juridique.

redimenda *offerat in elemosinam Deo ubicunque sibi placuerit* (1001, *Cartulaire d'Uzerche* p. 267) (*Cf.* 1010. *Cart. de Saintes*, p. 106).

2° Loi romaine et lois germaniques :

Multum declarat lex et auctoritas romana sive salicorum vel gotorum, *ut unusquisque homo de rebus suis propriis cedere vel condonare voluerit licentiam et harbitrium abeat ad faciendum quicquid voluerit* (961, *Cart. MS. de Moissac, f°* 13. *Archives de Montauban*). *Cf. Cartul. de Saint-Sernin* : « *Multum declarat auctoritas* romana, vel salica, seu qualicunque lege vivet *homo*..... (970, p. 166, *vers* 1000, p. 33).

Hist. du Languedoc (V, 363) : « *Multum declarat sive docet* lex romana vel salica (*vers* 1015, *Abb. de Mas-Grenier*)—ibid. V, 428 « lex Romanorum et Gotorum sive Salicorum (1037, *Château de Foix*).

3° Loi romaine et royale :

Lex romana edocet et regalis potestas non prohibet ut quicunque homo perfectus aetate persona res suas in alieno jure tradere aut transferre voluerit, hoc libero potiatur arbitrio (841, *Cart. de Beaulieu*, p. 45—*Cf.* 943–48 ibid. p. 57).

4° Loi romaine et ecclésiastique :

Sanctorum patris (c'est tout ce qui survit dans plusieurs préambules du Cartul. d'Angoulême (1) de la formule primitive qui devait être : *Sanctorum patrum decrevit auctoritas et lex romana* (2)) *congestum est ut qualiscumque persona pro salute animae ad Ecclesiam Dei aliquid ferri voluerit, licentiam habeat adimplendi* (978, *Cart. d'Angoulême* p. 5.)

More antiquorum patrum cunctorumque civium lege Romanorum decretum est in orbe terrarum ut unusquisque homo faciat de sua propria hereditate sive alodo (!) *quicquid voluerit* jure ecclesiastico, *nemine contradicente* (*Cart. de Saint-Hilaire de-Poitiers*, 969, p. 42).

5° Loi romaine et coutume :

Est lex et consuetudo ut unusquisque homo, quod in hoc seculo juste possedit, faciat exinde quicquid voluerit, neminem contradicentem (*Chartes de Saint-Maixent*, 904, I, p. 18).

(1) *Cf.* aussi Cartul. de La Réole, 980, ch. 62.

(2) Cette formule se trouve en tête d'une charte de 918 qui accorde à toute personne (de par donc la loi romaine !) le droit de prendre à cens les biens de l'Eglise « ut qualiscunque persona de hereditate ecclesiarum usurpare sub censu vel militare voluerit, licentiam habeat faciendi ». (Cart. d'Angoulême, p. 2.)

Lex Romana et consuetudo ejus provinciae declarat ut omo ingenuus quicquid de rebus suis quod in presente seculo juste possedit, per seream scriptura sepu (sic) *vendere et donare vel in alterius manus transferre voluerit, lex non impedit* (*Cart. Saint-Hilaire-de-Poitiers*, 960, p. 33).

Au premier abord, on pourrait croire que ces diverses variantes prouvent seulement à quel point s'étaient confondues toutes les notions, et combien peu la loi romaine avait retenu de son individualité. Elles prouvent davantage. Elles ne sont ni purement imaginaires ni accidentelles. Elles témoignent de l'étrange élaboration qui, en détournant les principes juridiques de leur sens originaire et en modifiant leur portée, les fait tous converger, et finalement se résoudre en une formule si élastique qu'elle se prête à tout, recouvre d'un vernis légal les vices du consentement, biffe d'un trait de plume les garanties traditionnelles du patrimoine familial, et sert admirablement ainsi les intérêts temporels des corps religieux, avides de s'enrichir, aux dépens de la masse ignorante ou abusée.

L'invocation de la *loi romaine* a dû avoir son point de départ dans ce passage de l'*interpretatio* : « Quicunque de rebus suis libero utatur arbitrio..... cui voluerit vendendi liberam habeat facultatem (1) ». Il suffisait d'étendre à tout acte de disposition ce qui était dit de la vente, comme le fait déjà l'*Epitome Aegidi* (2).

Par *loi salique* il faut, sans nul doute, entendre le cap. 6 du Capit. de Louis le Débon. de 818–819 (3). Ce chapitre porte la rubrique : « Ut omnis homo liber potestatem habeat, ubicumque voluerit, res suas dare pro salute animae suæ » et il fait partie des *Capitula legibus addenda* qui, dans beaucoup de MSS, étaient insérés à la suite de la loi salique comme *capitula legis salicae* (4).

La *lex Gothorum* est facile à identifier. On a même l'embarras du choix : deux passages surtout de la *lex Visigothorum* ont été d'une adaptation facile. Celui-ci d'abord : « Venientes usque ad plenum quartum decimum annum in omnibus judicandi de rebus suis liberam

(1) *Interpr.* C. Th. III, 1, 6 (HAENEL, p. 74).

(2) « Quicquid unusquisque de rebus suis *facere* voluerit liberam habeat facultatem (*ibid*).

(3) Boretius, I, p. 282.

(4) Voyez Boretius, I p. 280.

habeant absolutamque licentiam (1) ». Ailleurs l'omission d'un petit membre de phrase (*Qui filios vel nepotes aut pronepotes non reliquerit*) donnait cette proposition générale : « Omnis ingenuus vir atque femina, sive nobilis seu inferior (2).... faciendi de rebus suis quidquid voluerit indubitanter licentiam habebit (3) ».

La mention de la loi royale se justifie, comme celle de la loi salique, par le capitulaire de 819 qui figure à la fois dans Anségise (IV, 18) et dans Benoît Lévite (I, 235). Quant à la loi ecclésiastique et à la coutume elles n'avaient pas besoin d'être appuyées sur un texte précis. L'autorité de Benoît Lévite suffisait amplement pour la première, et par définition la coutume était non écrite. En faisant, du reste, de la donation un acte à titre onéreux (comme il apparaît d'une foule de chartes) et de la vente aux corps religieux un acte méritoire, une libéralité pieuse (ce qui n'est pas moins certain), les clercs applanissaient toutes les difficultés.

2° *Irrévocabilité des actes et clause pénale.*

Le corollaire naturel de la pleine et entière liberté de disposer reconnue à tout particulier, à partir de l'âge légal (c'est-à-dire en règle 12 à 14 ans), était l'irrévocabilité des actes d'aliénation consentis par lui, et sa sanction toute aussi naturelle était une peine pécuniaire (*lex, pœna*), forme essentielle sous laquelle on concevait la justice, puisque l'intérêt du justicier garantissait l'exécution des actes au profit du justiciable.

Le procédé de rédaction fut partout le même. Il se résume en trois mots : déformation, confluence, amalgame.

L'*interpretatio* sur le C. Th. III, 1, 1. *De contrahenda emptione* (4) avait formulé la règle que la vente, devenue parfaite par le paiement du prix, ne pouvait être rescindée par le vendeur pour cause de

(1) *Lex Visigoth.*, II, 5, 11, éd. Zeumer (1902), p. 111. — J'ai rencontré dans une charte inédite, je crois, du Midi, datée de la 27e année du roi Robert (1022-1023) ce texte et deux autres de la loi des Visigoths, cités à l'appui du droit de vendre : « Sane et ut hec venditio omnibus modis majus firmitatem obtineat. auctoritate nostrorum judicum et nostrarum legum muniri eam fecimus, videlicet auctoritate legis que continetur libro 2, titulo 5, capitulo 9 et ita dicit : « ut postquam si qui venerint usque ad plenum XIIII annum ætatis in omnibus etc.»

(2) *Cf.* Charte de Maixent (Xe siècle), I, p. 83 : «Lex legum decrevit et jure ratio deposcit ut si quis persona nobilium vel pauperum res suas », etc.

(3) *Lex Visig.*, IV, 2, 20, p. 189.

(4) Haenel, p. 72.

lésion. C'est de cette maxime que la pratique s'empare. Elle en élimine tout ce qui est spécial à la vente,—paiement du prix, sa vileté, — et elle y introduit les mots de *donatio* et de *donare* comme synonymes de *venditio* et de *vendere* (1). Elle aboutit ainsi à une règle générale d'irrévocabilité, qu'elle met sous le nom et le couvert de la loi romaine et sous la protection de la justice divine. De terribles malédictions menacent le violateur (2). Ce sont elles qui constituent la sanction.

Une autre sanction a été demandée à la loi séculière ou au bras séculier. Aux termes du Bréviaire d'Alaric (3) et de la *Lex Romana Burgundionum* (4) tout majeur qui tente de revenir sur les actes qu'il a consentis est noté d'infamie et passible de la peine pécuniaire qui a été stipulée. La note d'infamie, les imprécations en tenaient lieu ; la peine pécuniaire fut transformée en une amende que devait toucher le fisc et dont le taux variait « de quelques onces à mille livres d'or » (5). On n'en prétendait pas moins qu'elle avait été édictée et son taux fixé par la loi romaine (6) et l'on y ajoutait

(1) L'opération se laisse suivre à la perfection dans la donation suivante, où je souligne les mots qui ont été intercalés et où je mets entre crochets ceux qui ont été omis :

« Firmissimis scripturarum edocemus institutionibus, ut quisquis de rebus propriis agere, vel facere, vel donare aut vindere voluerit, liberam in omnibus obtineat potestatem, illut inviolabili permanente, quod Legis Romane primum capitulum apud librum tercium saluberreme intonat ita : Cum inter æmentem atque vendentem *sive donantem* [res] fuerit definit [o pretio comparata, quamvis plus valeat quam ad præsens venditur] *a ratio*, hoc tantu[m] modo requirendum est, si nihil fraudis vel violentie ægit ille qui comparasset *aut donasset vel vendidisset* probatur ; et si voluerit revocare qui vendidit *vel donavit*, nullatenus permittatur ». (Donation de Pierre de Carcassonne, évêque de Girone, 1030, *H. du Languedoc*, nouv. éd., V, 385-386.)

(2) *Ibid.*, c. 387.

(3) C. THEOD., II, 9, *Interpr.* et *Abrégés*. HÆNEL, p. 44-45

(4) Tit. XXXVIII, 1, *De pactis*, éd. de SALIS, p. 157.—Le Code Théod. est visé: « secundum legem Theudosiani ».

(5) GIRY, *Diplomatique*, p. 566.

(6) *Cartul. de Grenoble* : « Ut si aliquis refragator... mox penam quam lex Theodosii precipit, id est XXX^{a} libras auri esse multandum ». (894), p. 67. — « Taliter concedimus qualiter lex nostra romana obedire precipit... si quis... contradicere voluerit... componat tantum et alterum tantum et in domo regis, cujus in regimine est, libras quatuor auri » (1034), p. 21.

Hist. du Languedoc (V, 695-6) ; « Non valeat vindicare et persolvat multam quam sancta lex Romana per Theodosium, Arcadium et Honorium promulgatam decrevit. » (Donation au pape du comte de Melgueil, 1085.)—Notez que Theodose I était mort quand

souvent la peine de la restitution au double, parfois au triple, dont l'origine lointaine peut bien être cherchée dans d'anciens usages romains (1), mais dont la source directe est certainement la loi barbare des Visigoths (2).

Etait-il besoin même d'une stipulation, d'une clause expresse du contrat ? Pourquoi donc, puisque telle était la loi, la *lex stipulationis*, diront les Italiens. Loi et amende (*lex*) n'étaient-elles pas synonymes ? On se contenta donc en règle de la clause de style « *cum stipulatione subnixa* ». Elle faisait d'une pierre deux coups, elle tenait lieu à la fois de la *stipulatio pœnae* (*arcadiana*) et de la *stipulatio aquilania*, qui, détournée de son sens véritable, était considérée comme un moyen de donner force légale à l'écriture.

Au cours du temps, cette clause de style cessa d'être comprise et l'on en donna les interprétations les plus contradictoires et les plus fantaisistes, de même que l'amende et la clause pénale devinrent purement fictives. Mais la règle que ces étais écroulés avaient servi à édifier demeura debout, l'irrévocabilité de tous les actes fut chose acquise, et l'étiquette romaine, dans quelques rares chartes, y resta accolée.

3° *Nécessité légale de l'écriture.*

Quelle qu'ait été, aux yeux de l'opinion, la fonction véritable de la charte, qu'on ait vu dans son texte le lien contractuel des parties, ou qu'on l'ait prise en bloc pour l'élément fondamental de l'investiture et de la preuve par témoins, l'intérêt évident de ceux qui la faisaient dresser, comme du clerc qui l'écrivait, était d'affirmer sa valeur légale et son caractère obligatoire

L'un et l'autre pouvaient être fondés aussi bien sur la tradition que sur la loi. Quand celle-ci fut invoquée, quand spécialement la loi romaine le fut, l'embarras aurait été grand s'il avait fallu citer des textes purs ou authentiques. Mais qui donc en avait cure ? Ces textes s'étaient effrités et dégradés comme un monument vétuste. Ils avaient pris la couleur du temps, ils s'étaient recouverts d'une crasse qui ne laissait passer que de loin en loin quelques traits

la loi visée a été promulguée (octobre 395) et que Theodose II ne monta sur le trône que treize ans plus tard. On confond donc les auteurs de la loi et le promulgateur du Code.

(1) *Cf.* Stouff. *Notes sur le Cart. de St-Marcel-lès-Chalon*, Paris, 1895, p. 14.

(2) Lex Visig, II, 5, 8, éd. Zeumer, p. 109,

indistincts, tels les caractères mutilés d'une inscription antique. On imagine avec peine les aberrations de doctrine qui ont été prises pour des prescriptions légales, exigeant la rédaction d'une charte, ou imposant au scribe l'emploi de quelques termes fatidiques dont nul n'entend plus le sens et que chacun interprète à sa guise.

Théodose Ier avait décidé en 386 que pour le bénéfice de cession de biens *bonorum cessio* accordé au débiteur insolvable, la simple *professio*, la déclaration de volonté sans emploi de paroles solennelles serait suffisante. Cette constitution (1) fut, dans le Code Théodosien, réduite aux deux formules : « In omni cessione professio sola quaerenda est. — In omni cessione (*s. entendu* bonorum) sufficit voluntatis sola professio (2) ».

L'*interpretatio* déjà ne la comprend plus. Elle l'applique à toute *cession*, c'est-à-dire à tout acte quelconque d'aliénation, et développe l'idée en ces termes : « Quaecunque aliquis alteri cesserit, profiteatur, se tantum rem cessisse vel causam, hoc est aut gestis, aut scriptura aut testibus, et sola voluntatis illius professio pro omni firmitate sufficiat (3) ».

Ainsi interprétée, la constitution de Théodose dispensait des *gesta* tous les actes qui auparavant y étaient soumis et laissait le choix entre l'écriture et le témoignage. Les rédacteurs de chartes avaient donc la partie belle. Pour mieux dire, on leur mettait la bride sur le cou. Ils divaguèrent à qui mieux mieux.

Les uns s'emparèrent du texte pour justifier tout ensemble la nécessité de la charte et la présence obligatoire des témoins (4).

Le plus grand nombre s'en tint à la charte tout uniment. Pour

(1) Elle est insérée au C. de Justinien, VII, 71, c. 6.

(2) C. Theod., IV, 20, 3.

(3) C. Theod. (Breviaire), IV, 18, 2, *Interpr.* — D'où la formule de Tours n° 4. *Cf.* éd. Zeumer, p. 137.

(4) « Lex Romanorum inprimis censuit hoc decretum ut, si aliqui essent qui de facultatibus suis ecclesiis... aliquas darent, fuisset eis libera potestas concessa, in tantum ut data norarentur in kartis atque sic obnixe ac perpetualiter permanerent cum testimonio ac designatione nobiliorum virorum.» (Cart. de Conques, p. 10 (910) *ibid.* p. 40 (1060-2).

« Apud Romanos legumlatores decretum est quod de rebus propriis unusquisque habeat licentiam venumdandi et dandi cuicumque ei placuerit, et successoribus sufficeret haberi cartulam *litterarum apicibus et testimonis* insertam et signis nominum hujus rei

eux la *cessio*, la *professio*, les *gesta*, ne font qu'un avec l'écriture, dont la nécessité légale et l'efficacité souveraine sont proclamées sous ces noms divers (1).

D'aucuns tombèrent dans un grand embarras et s'en tirèrent comme ils purent, par une belle découverte. Ils virent dans la *professio* une manifestation quelconque de volonté (2). Mais alors l'écriture n'était donc pas indispensable ? ils cherchèrent, ils trouvèrent dans l'*interpretatio* (3) que la *gestorum testificatio* avait été introduite par une loi nouvelle. *Gestorum testificatio*, cela voulait dire « rédaction d'un écrit », puisque depuis longtemps *gesta* et *scriptura* étaient synonymes (4). Cette loi nouvelle exigeant l'écriture a donc abrogé l'autre qui en dispensait ! — Dans ce beau raisonnement, ils ne se doutèrent pas que la prétendue loi abrogatrice était *antérieure* de 67 ans à la loi soi-disant abrogée, l'une étant de Constantin (319) (loi sur les *gesta*) et l'autre de Théodose (386) (loi sur la *cessio bonorum*). Et ce qu'il y a de plus fort, ce qui prouve à quel degré d'inconscience et d'irréflexion, d'attachement machinal à la lettre morte, les clercs étaient descendus, ils inscrivirent en tête des chartes ce préambule épique : « ANTE

testium... subnixa more patrum.» (Charte de Hugues de Saint-Maurice, vicomte de Châteaudun, 996-1001, publiée par LEX, *Eudes comte de Blois*, p. 131-3.)

La *lex Romana Burgundionum* est concordante : « Cessionis vero ita firmitatem subsistere, si cujus rei per evidentem professionem voluntaria et evidens cessio teneatur, hoc est : ut cessionis nomine scriptura cujuslibet rei cedentis voluntaria professione et subscriptione firmetur.» (XXXVIII, 4, éd. SALIS, p. 158.)

(1) Tantôt on dira que la *cessio* (écriture) vaut sans les *gesta*, tantôt que l'*alligatio* vaut cession.

« Antiqua ratio deposcit et lex auctoritas declarat ut qualiscunque homo res suas in alteriis personas transferre voluerit *profiteatur* rem tantum *cessisse*, quàre *cessio sola sufficit sine gestorum allegegatione* in omnibus obtineat firmitatem.» (C. CONQUES, p. 6 (924), *cf.* p. 127 (928), p. 105 (945), p. 164 (990). — *Cf.* Cartul. de Sauxillanges, p. 140.

« Legum decrevit auctoritas et racio exposcit ut inter reliquas scripturas *aligationes* sola tantum *cessumque* in perpetuum plenissimam obtineat firmitatem » (C. CONQUES, p. 39 (955-986).

(2) « Antiqua legum sanxit auctoritas et ratio juris exposcit, ut inter quacunque strumenda cartarum *concessio* invenitur, solum tantum *processio voluentatis agnoscatur*. » (Chartes de St-Maixent, I, p. 24 (925).

(3) C. THEOD., III, 5, 1, *Interpr.*

(4) Voyez déjà l'*Epitome S. Galli* : « Gesta hoc est omnis carta. » (XII, 1, 7, HAENEL, p. 239.)

TEMPUS LEGI ISTIUS donationis sine gestorum testificatione valebant ; nunc vero *post hanc legem*.... Quapropter ego in Dei nomine, R. *auctoritate secutus* (!) dono... » (Cartul. de Saint-Victor de Marseille, I, p. 206 (1035) (1). — Quelle loi ? Ils n'en citaient pas la moindre, ils s'étaient bornés à copier servilement l'*interpretatio* sans le texte qui la précédait et auquel elle faisait allusion.

Le non-sens était si flagrant qu'on y chercha un remède. Des gens avisés firent de la loi nouvelle la loi moderne par opposition à l'antique (2), d'autres y virent l'ensemble de la loi romaine par rapport à une antiquité plus reculée (3). Et l'on s'embrouilla de plus bel. On versa dans le pathos — même versifié (4) — d'un âge d'innocence où l'écriture était inutile, suivi d'une époque de dépravation et de mauvaise foi où elle était devenue indispensable (5).

Le triomphe de l'écriture ne pouvait être plus complet. Mais la charte n'est pas seulement l'écriture, elle est le témoignage, *testis*, *testes conscripti*, *stipulatio testium*, *testamentum* (6). Elle est

(1) Voyez déjà en 984, *ibid.*, I, p. 97. — Le comble de l'incohérence paraît atteint dans ce préambule : « Ante tempus legis istius, *donationes* queque valuerunt, si gestibus non fuerint colligatæ. *Postea enim quam leges esse ceperunt, sancti Dei institores* sancxerunt ut *venditio* firma et stabilis sit omni tempore» (*ibid.*, I, p. 81 (XI^e^.).—Préambules analogues dans le Cartulaire de Lérins.

(2) Le passage de l'une des formules à l'autre se laisse suivre. *Cf.* « *Ante hujus rudis institutionem legis*... nunc autem. » — *Cartul. St-Victor*, I. p. 653 (1006). — « Cum temporibus liqueat antiquioribus... modernis tamen temporibus legalibus edictis constat. » *Ibid.*, I, p. 27 (circa 1030).

(3) « Agitur nunc, *more legis romane*... *antiquitus enim sine literarum corroboratione vigebat.* Nos autem secuti *potiorem usum* (ibid., I, p. 460 (1031), adde, p. 179, 202, 209 (1040-1055).

(4) Ou du moins en prose rimée : Dum antiquissima incolomis sincera que vigebat simplicitas, necdunque humana crassabatur malignitas.... sine literis donationis fixæ durabat firmitas ; quod mutavit paternitas, succedens que modernitas scilicet omne datum, gestis non alligatum, testibus roboratum, predicat annulatum » (C. SAINT-VICTOR, I, p. 409 (1030).

(5) « Priscis temporibus cum constet omnem donationem sine ulla titulatione cartæ et atramentis valuisse... nunc vero, modernis temporibus, exardescente zelo cupiditatis, ullam donationem vix stabilitatam esse vinculis sacramentalibus cernamus...» (*Ibid.*, I. p. 82 (1035).

(6) *Testamentum* est synonyme de *testimonium* et désigne n'importe quelle charte. Elle fait l'office de témoin, comme le prix lui-même en fait l'office. On l'appelle en consé-

le signe de l'investiture, de la mise en possession, puisque c'est par la *cartae traditio* que celle-ci s'opère et puisque l'investiture est appelée couramment *donatio*, *cessio*, comme la charte elle-même est appelée *traditio*. Elle fait encourir la *vindicta*, c'est-à-dire l'amende pour violation du contrat (*stipulatio pœnæ*). C'est à elle qu'on rapportera tous les textes qui parlent d'*allegatio gestis* (que l'on paraphrasera en *alligare* « *scriptionis* seriæ (1) »), de *cessio*, de *professio*, de *testes*. De sorte que l'on aboutit en fin de compte à un véritable imbroglio juridique. Tous les termes que je viens de passer en revue et d'autres similaires sont pris indifféremment l'un pour l'autre (2). Ici la *donatio* sera la tradition, et la charte la *cessio* (3). Là ce sera l'inverse (4). Ailleurs don et possession seront équivalents (5).

Les divers actes de disposition (donation, vente, échange, etc.), rentrent donc l'un dans l'autre sous la qualification générale de *donatio* (=transfert de possession) et sont, comme tels, assujettis à l'écriture, aux *gesta*. Si l'on emprunte parfois encore à l'*interpretatio* quelques règles de rédaction spéciales à la donation pro-

quence *carta testimonii* (Cart. St-Victor, I, p. 281 (1071), *pagina testamenti* (expression courante), *carta testamenti*, cf. Cart Lerins (1095): « *Romane legis aliarumque legum docent precepta hoc etiam sanctorum patrum docent* instituta ut quicumque aliquid de suo in alterius potestatem transfundere voluerit, *per cartam testamenti illud infundat* » (p. 13, éd. Flammare).

(1) Voyez par exemple Chartes de Cluny, IV, p. 19-20 (1029): « Quicumque cælestis imperii inspiratus sublimitate, nec ne *Romanorum principatus instructus lege*, voluerit... (donare)... scriptionis seriæ antiquitus legaliterque libuit alligare sub romana potestate et privilegii auctoritate ». — Cf. Chartes de Saint-Maixent, I. p. 26 (939).

(2) Exemples : « Quicumque possessionem suam vult in alterius jure transeum fundere debet illud facere *dono*, aut *precio*, aut *stipulatione, testibus conscriptis* ». (Cart. St-Victor, I, p.55 (XI^e siècle).— «Omnis homo qui possessionem suam in alterius vult transfundere potestatem, est necessarium ut perficiat illut secundum *juris cessionem*, id est aut *vindicta* vel *testamento* seu *stipulatione*, quatenus firma et stabilis ipsa permaneat institutio » (*ibid.*, t. , p. 271-2 (XI^e siècle).

(3) « Facta *donatio cessionis mee* ista coram multis testibus.» (Cart. noir de Ste-Marie d'Auch, p. 32 (1088).

(4) « Sola tantummodo *cessione gestarum* » (Cart. Sauxillanges, p. 319 (X^e siècle). — (Cart. Brioude, p. 228, p. 237, etc.)

(5) « Jubet lex romana et ecclesiastica istoria, ut si quilibet suam rem velit transfundere in quolibet *dono*, per scriptionis ligamen.» (Cart. St-Victor, I, p. 91, 1033-37.) — Voyez déjà en 840 : « Facta legibus donatio instar optinet *possessionis* » (Cart. St-Victor, I, p. 39).

prement dite (1), on les travestit de la façon la plus étrange (2). Donations, et contrats à titre onéreux sont parés de la formule stéréotypée, quasi-magique : *cum stipulatione subnixa*, où se condensent toutes les formes de stipulation des Romains (*stipulatio* ordinaire, *aquiliana*, *arcadiana*) (3) sans parler de la *festuca* germaine (4) et de l'attouchement ou de la signature de la charte par les témoins (5). Cela ne suffit-il pas à tout?

Ainsi quelques mots incompris survivent (6), quelques appels de

(1) « In conscribendis donationibus hic ordo servandus est ut prius nominetur nomen donatoris, deinde res quo donantur.» (Cart. Conques, p. 67 (avant. 1031-1065) Cf. C. THEOD., VIII, 5, 1, *Interpr*, HAENEL, p. 156).

(2) « In conscribendis donationibus primitus intromittendi sunt *heredes* nominatim, deinde hereditas quæ donatur, postremo *sancti* quorum intercessionibus datores cupiunt se adjuvari. » (*Cart. Conques*, p. 55 (1061-1108), *ibid.*, p. 202).

A rapprocher ce préambule du Cart. St-Victor : « Facta secundum legem comutatio vel comparatio vim optinet *hereditatis* (I, p, 511 circa. 1055). — L'assimilation de la vente à la donation, comme de celle-ci à la vente est, du reste, un fait constant. Une charte du Cart. de Conques, calquée sur l'*Interpr.* de C. TH., VIII, 5, 1 (HAENEL, p. 156), parle de POST MORTEM CAUSA DONATIO *secundum quod lex romana docet* (C. Conques, p. 3 (801).

(3) Je me contente de renvoyer sur ce point à l'excellent travail de M. STOUFF : *De formulis secundum legem romanam*, p. 70 suiv., p. 80 suiv.

(4) Les historiens du droit me semblent avoir beaucoup trop oublié le texte si probant de l'Epitome de Saint-Gall (*lex Curiensis*) où la *stipulatio* dont parlaient le texte de Paul et l'*Interpretatio* se transforme en une *festucatio* : « Estipula hoc est ut unus de ipsos levet festucum de terra et ipsum festucum in terra rejactet et dicat : per ista estipula omne ista causa dimito etc. » (PAUL, II, 3. Epitome S. GALL., XXIV, 2, HAENEL, p. 357).

Une des preuves les plus curieuses et les moins connues de la confusion de la stipulation et de l'investiture symbolique en la formule *stipulatione subnixa*, je l'ai trouvée dans le récit d'un chroniqueur du XI^e^ siècle, Tomellus, relatant une donation du comte de Flandre Baudoin, à son fils : « *Cereum ardentem* filio in manus dedit, quo ei Hasnonium velut *astipulatione subnixa* donativum fecit.» (*Hist. Hasn. monast.*, MIGNE, 147, 593.) Ainsi l'investiture avec un cierge allumé tient lieu de la *stipulatio subnixa*.

(5) Cf. par exemple Ch de CLUNY, I, p. 332 (927-42) : « Ista enim donatio ut semper inconvulsa perseveret... manu propria eam subterfirmavi et bonorum manibus hominum *constipulandam* contradidi.» — Cf. *Chronicon S. Huberti Andag.* (MIGNE, 154, 1404): « *Adstipulata* est legaliter *per manus*... conditio commutationis (1083) ».

(6) « Quoniam, frigescente caritate, filii iniquitatis temporaliter multiplicantur et vigent... rerum *gesta* nostrarum cartularum memorie commendamus. » (Cart. St-Aubin d'Angers, I, p. 17 (1087)

« Consuetudo est usitata majorum *res gestas litterarum memoriis* tradere » (Cart. Trinité de Vendôme, I, p. 216 (1058). « Quicquid a fidelibus viris ad loca Sanctorum *decessum*

loin en loin se font entendre comme un écho indistinct ; mais ce qui domine et emporte tout, c'est une pratique ignorante du droit, qui n'a souci que des intérêts du jour, et qui ne fonde plus verbalement la nécessité ou la valeur légale de la charte que sur des raisons de convenance ou d'utilité, de prudence ou de tradition (1).

3° *Assimilation de l'échange à la vente.*

Je n'ai que peu de mots à dire sur ce sujet et je n'en parle que pour prévenir toute confusion ou toute méprise. Le préambule, très fréquent dans le Midi en tête des chartes d'échange (2), qui déclare que ce contrat a la même force que la vente pourrait être pris pour une citation de droit romain. Un érudit, aussi éclairé que consciencieux, M. Stouff, n'a-t-il pas invoqué un préambule analogue des chartes italiennes comme indice de l'usage, au-delà des Alpes, des collections Justiniennes ? (3). Que la source originaire puisse être la constitution de Dioclétien insérée au Code de Justinien (C. 2, *De rer. permut.* IV, 64), je ne demande pas mieux, mais ce n'est pas cette source qui a été utilisée par nos chartes, pas même la novelle de Valentinien III, que M. Stouff aurait pu mentionner, et qui figure dans le Bréviaire d'Alaric (4). La formule dérive en ligne droite des lois germaniques, tant romaines que bar-

esse dinoscitur, necesse est ut *serie scripturarum cartulis alligetur.*» (Cartul. blanc de l'Eglise du Mans, p. 59) (circa.. 969).

(1) Tel est le thème habituel des préambules où la nécessité de l'écriture est justifiée. Quelquefois même la légende s'en mêle. Le Cartulaire de la Charité-sur-Loire invoque gravement l'autorité de Cadmus, roi des Thébains, inventeur de l'écriture, pour justifier la rédaction obligatoire d'une charte (charte 70, *Arch. d'Anjou* (MARCHEGAY), III, p. 60).

(2) Ces chartes sont très nombreuses, par exemple, dans le Cartulaire de Nîmes où elles débutent ainsi : « Vox legum et juris : qualis est emptio, talis est commutatio. Emptio et commutatio simul optineant firmitatem. » Je n'ai pas compté dans ce cartulaire moins de 21 actes pareils, de 918 à 1042. Cf. formule analogue, Cartul. d'Aniane, p. 434 (959). — Cart. St-Victor, I, p. 97 (1035), etc.

D'autres, plus développées, se trouvent dans les cartulaires MSS. d'Elve (1001) et de St-Michel de Cuxa (1008)) (Roussillon) MOREAU, XVII, f° 108 et XVIII, f° 94) : « Vox legum jure decrevit et auctoritas jubet ut talis etc. Emptio namque et comutatio nisi per vim et metu fuerit extorta plenam in omnibus habeant firmitatem.»

(3) *De formulis*, p. 56.

(4) Nov. Valent., III, 31, 1, § 4. HAENEL, p. 288: « Commutatione quæ instar obtinet emptionis.»

bares, de la *lex Romana Burgundionum* (1), de la loi des Visigoths (2), à laquelle la loi des Bavarois a emboité le pas (3). « En droite ligne » est même trop dire, puisque Benoît Lévite, qui reproduit la loi des Visigoths (4), a pu servir d'intermédiaire. Il serait superflu d'insister.

4° *Affranchissement et servage.*

S'il est une matière où la loi romaine aurait pu garder une certaine vitalité, et être invoquée à propos, c'est, me semble-t-il, celle de la liberté et du servage. La multiplicité des formes de la *manumissio* romaine en rendait l'adaptation relativement facile aux usages germaniques, et la diversité de leurs effets se prêtait fort bien à la variété de condition des serfs. Un romaniste même médiocre pouvait, sans grand effort mental, identifier l'affranchissement *per denarium* avec la *manumissio ante consulem*, et la condition des *Latini Juniani* n'était pas très éloignée, en somme, de celle des mainmortables. Qu'en advint-il pourtant ? seuls, les faits opérèrent.

Le titre de *civis romanus* se sauva de l'oubli par le reste de prestige qu'il évoquait, puis il se riva, grâce à l'*interpretatio*, au mode d'affranchissement le plus répandu, le plus familier aux clercs : la *manumissio in ecclesia* (5). Celle-ci à son tour se fondit dans la *manumissio per cartam* ou *testamentum* puisqu'on y dressait régulièrement une charte, que *testamentum* et *carta* étaient devenus

(1) XXXV, 5, éd. Salis, p. 153.

(2) V, 4, 1, éd. Zeumer, p. 218.

(3) XV, 8.

(4) II, 152; III, 417 : «Ut ita valeat commutatio sicut emptio. Commutatio, si non fuerit per vim et metum extorta, talem qualem et emptio habeat firmitatem.

(5) Voici la formule qui consacre cette étroite association. Elle est née de la juxtaposition de deux textes, pris l'un au *Liber Gaii*, I, § 4 (Haenel, p. 316), l'autre à l'*Interpretatio*, C. Theod., IV, 7, 1 (Haenel, p. 110), tous deux déformés, bien entendu : « Hoc veteranum jus et lex Romanorum exposcit, ut inter omnia corpora libertorum [*au lieu de* : inter hæc tria genera libertorum] cyves Romani meliorem habent statum, quia testamentum condere possint et heredes relinquere [*au lieu de* : quia et testamenta facere et ex testamento quibuscumque personis succedere possunt.] (Ici s'arrête le texte de Gaïus et commence celui de l'*interpretatio*) et qui manumutandi in sacra ecclesia habuerint volumptatem, tantum est in sua presencia, sacerdotum vel omnem clerum servos suos velint obsolvere et suscepta libertate noverint eos cyves esse Romanos. [*au lieu de* : ut sub præsentia sacerdotum servos suos velit absolvere, noverit eos, suscepta libertate cives esse Romanos]. Quamobrem ego... » Cartul. St-Hilaire de Poitiers, p. 51 (circa. 976).

synonymes, et que les lois germaniques avaient expressément admis ce mode d'affranchissement.

Toutes les distinctions par suite s'effacent. On n'a plus la moindre idée de ce qu'étaient les *Latini Juniani*, et quant aux *dediticii*, dès le VI^e^ siècle, on les voit apparaître sous la figure informe de *mancipia dolitia* (1), au IX^e^, sous celle de *devivicii* (2). On ne sut plus même, à vrai dire, ce qu'était la liberté romaine, on la confondit avec la *libertas ecclesiastica*, euphémisme employé couramment pour désigner le service de l'Eglise. Une charte de Saint-Maixent, après avoir reproduit, tant bien que mal, la première partie de la formule composite du Cartul. de Saint-Hilaire de Poitiers citée plus haut (3), la contredit aussi complètement que possible. L'affranchissement qu'elle est censée relater n'est pas autre chose que l'aliénation d'un esclave au profit du couvent, et la transmission à celui-ci de l'intégralité des droits qui appartenaient à l'ancien maître: « cum omni libertate vel ingenio (!) relaxamus eos, vel dimittimus in loco B. Maxentii.... eo videlicet modo ut *omne servitium quod nos isti homines facere debuerant, ibidem reddant sine ullo contra dicente* » (4).

De telles invocations n'avaient au fond d'autre objet que de provoquer des abandons de serfs aux corps religieux. Elles en faisaient des œuvres pies, en assimilant la servitude de l'Eglise à la pleine liberté romaine.

Nul souci, en tout cela, de la vérité juridique. Qu'il existe un texte ou qu'il n'en existe pas, une abbaye se prévaudra naïvement de la loi *romaine* et de la *loi salique* pour prétendre que les filles d'une censitaire qui a épousé un homme libre doivent le même cens que leur mère (5). Qu'un homme se mette la corde au cou et se réduise en servage, ce sera *secundum legem romanam* (6). Et comment justi-

(1) *Formulae Arvern.*, f. 3 (éd. ZEUMER, p. 30).

(2) *Epitome S. Galli* (HAENEL, p. 315).

(3) A la page précédente n. 5.

(4) Ch. de St-Maixent, I, p. 112 (1031-1033).

(5) « Filiæ quas ex ipsa genuit jus nostrum debent sequi, *sicut censet lex romana et salica.*» (Cart. St-Vanne de Verdun, MS. Bouhier, f° 41 (1004-1046).

(6) « Corrigiam ad collum meum misi et... ad integrum estatum suum, *secundum lege romana*, se tradidit; quod insertum est quod *omo bene ingenuus estatum suum meliorare et pegiorare potes* ». (Cartul. de Cluny, I, p. 36 (887).

fie-t-on cet étrange appel à une loi qui prohibait formellement l'acte qu'on plaçait sous son égide (1) ? Par une sentence de Paul sur le louage de services (2), démarquée par Benoît Lévite (3).

Les clauses insérées dans les chartes, selon un modèle primitivement romain, se dénaturaient et se corrompaient au même degré. J'en cite un exemple topique. C'était une très vieille formule de garantie, en usage chez les Romains pour les aliénations d'esclaves, que celle-ci : « eum puerum *sanum* (traditum) esse, *furtis* noxaque *solutum*, erronem, *fugitivum caducum* non esse prestari (4) ». Cette formule passe de main en main, Marculf la transmet (5), on la retrouve dans les chartes du X^e^ siècle. Mais qu'y est-elle devenue ? Le voleur s'est transformé en fou furieux (*furor*), l'épileptique (*caducus, cadivus*) en captif, en prisonnier de guerre (6) !

Je me crois autorisé à conclure de tout ce qui précède que le droit romain cité et allégué dans les chartes n'y existe qu'à l'état sporadique et momifié.

III. — La Langue.

La langue est comme le trait d'union entre le sujet que je viens de traiter et celui dont je parlerai brièvement en finissant. C'est elle qui permet de juger, et des connaissances, et de la culture, et du discernement du scribe, alors qu'il invoque ou qu'il cite la loi romaine. C'est son histoire ensuite qui nous vient en aide pour discerner les transformations internes du droit. De même que la

(1) Constit. de Dioclétien. C. 10, *De liberali causa* (VII. 16).

(2) Paul, *Sent.*, II, 19, *De locato et conducto.* 1 (Haenel, p. 366).

(3) Benoit Levite, III, 335, *Quod liberi homines statum suum et deteriorare et inmeliorare possunt.* — Add. III, 14.

(4) Girard, *Textes de Droit romain*, 3^e^ édit. (1903), p. 806.

(5) « Non fure, non fugitivo, neque cadivo, sed mente et omni corpore sano. » (II, 20, éd. Zeumer, p. 90.)

(6) « Servum unum... *cattivo*, set mente et corpore sano.» (Cart. de Cluny, I, p. 502 (940).

« Ancilla mea... non *furor*, non fugitiva, neque *captiva*, set sana menta et corpora » (*ibid.*, p. 527 (941-42).

« Hii servi non sunt fugitivi, neque *captivi*, sed mente et corpore sani.» (*Ibid.*, p. 649 946-47).

société se reflète dans la langue, de même s'y reflète le droit aux époques de rénovation profonde.

Ce serait un parallèle bien instructif à tracer que celui des destinées connexes de la langue et du droit en France, depuis l'époque romaine jusqu'au XII^e siècle, de la langue parlée et du droit coutumier, de la langue écrite et du droit des chartes, des formules et des lois. Il m'est à peine possible de l'esquisser ici.

Au latin vulgaire correspond le droit romain populaire et pratique, soit pendant la période gallo-romaine, soit après les invasions, de même que le droit coutumier germanique — si différent souvent des rédactions officielles— correspond aux divers idiomes tudesques parlés par les envahisseurs,le francique,le gothique et le bourgondion.

Quand les parlers populaires donnent naissance aux multiples dialectes du roman et du provençal, il se produit une éclosion simultanée, presque parallèle, de coutumes juridiques où les éléments germaniques et romains se confondent sous l'action réflexe du langage nouveau. La diffusion de celui-ci et son emploi font donc partie intégrante de l'histoire du droit au Moyen-âge.

Charles le Chauve, qui avait son principal domaine et ses sujets les plus nombreux et plus fidèles dans la France du Nord, parlait le *roman*, langue déjà formée dans les serments de Strasbourg, que parlait également la suite de Charles le Simple (1). Louis d'Outremer, s'il savait encore le tudesque, savait certainement aussi le roman. Hugues Capet ne connaît plus que cette langue, le latin et le tudesque lui sont également étrangers (2).

Cette désuétude du latin, ce n'est pas seulement chez les grands ou chez les princes qu'on peut la constater. Elle se retrouve chez ceux-là même qui auraient dû être les dépositaires de la culture latine, chez les clercs. Au XI^e siècle beaucoup de moines ignoraient le latin, et il résulte d'assez nombreux passages de chroniques ou de vies des Saints qu'entre eux les clercs du X^e et du XI^e siècle parlaient la langue vulgaire, romane ou provençale. Les évêques se servent même de cette langue dans les conciles. Ils le firent notamment au Concile de Mouzon en 995 (3).

(1) Richer, I, 20.

(2) Richer, 1, 85.

(3) Richer, IV, 100. — Gerbert, *Actes du Concile de Mouzon* (ed. Olleris, p. 245).

Restait la langue écrite. C'est à tort qu'on a cru voir dans le bas-latin des chartes une notation du latin vulgaire. Toute langue populaire a sa syntaxe logique et ses formes morphologiques spontanées ou instinctives, or ce qui caractérise le bas-latin, dès l'époque de sa naissance, c'est précisément l'absence de toute règle, l'incohérence, l'anarchie. Les scribes n'ont ni frein ni loi, ils ignorent l'orthographe et la grammaire, accumulent barbarismes et solécismes avec une telle profusion qu'on est souvent à se demander s'ils ont la moindre intelligence de ce qu'ils écrivent ou transcrivent.

Telle qu'elle était, cette langue ne semble plus même avoir été d'un usage courant, usuel. Je n'en veux pour preuve que la circonstance bien frappante que voici. Lors de sa promotion au siège archiépiscopal de Reims, Arnoul passa des conventions, *pacta et constituta*, avec les évêques de la province et c'est en langue vulgaire, *vulgari lingua*, en roman, que ces conventions furent couchées par écrit (1). Du moment que les évêques eux-mêmes rédigeaient ainsi leurs accords officiels, je me demande pourquoi les particuliers ou leurs clercs n'en auraient pas fait autant ? Il est vrai que les chartes en langue vulgaire n'apparaissent que dans le Midi, et seulement de loin en loin à cette époque. Mais que resterait-il des actes écrits des corps religieux, s'ils n'avaient pris soin de les renouveler, souvent de les refaire, et de les transcrire ou de les analyser dans des cartulaires ? C'est à cette occasion surtout qu'on dut les nettoyer des clauses en langue vulgaire qui, plus intelligibles aux parties contractantes, avaient servi de base à leur accord. Si les chartes du Midi en sont plus souvent farcies n'est-ce pas précisément parce qu'elles se sont mieux conservées en dehors des cartulaires ? Là, en effet, à la différence du Nord, se rencontraient des tabellions de profession.

Il est aisé de se représenter l'action délétère que la diffusion d'une langue aussi fruste que l'était, avant le XII^e^ siècle, le roman ou le provençal a exercée sur ce qui pouvait subsister de connaissance du droit romain. L'impropriété des termes, leur corruption, le mélange des notions comme des expressions les plus disparates, la dislocation de la phrase latine, l'incompréhension des textes anciens devaient, jusqu'à l'avènement de temps meilleurs, en être la con-

(1) GERBERT, *Actes du Concile de St-Basle* (991) (éd. OLLERIS, p. 217).

séquence fatale. On en a vu des exemples dans les citations que j'ai faites au cours de ce travail. J'en ajouterai quelques autres en note (1), pour le lecteur qui ne serait pas familier avec les chartes de cette époque. Pour celui qui l'est, toute preuve doit être inutile.

IV. — Le fond du Droit

L'examen un peu approfondi des allégations de la loi romaine nous a permis de mettre à nu les lourdes erreurs de droit dont elles sont le véhicule. Du moment que le texte écrit est à ce point travesti et corrompu, quel sort plus lamentable encore devait échoir en partage au droit romain que l'usage et la pratique seuls transmettaient ! Etudier en détail une telle dégénérescence du droit serait sortir de la question que je me suis proposé de traiter, aussi bien que des bornes d'un simple mémoire. Sans doute, c'est par les chartes que nous pouvons suivre le mieux cette transformation, mais non pas uniquement par elles, et d'autre part elle résulte du jeu de tant de forces convergentes ou discordantes, qu'elle ne saurait être séparée des conditions politiques, matérielles ou morales de la société au sein de qui elle s'est opérée. Elle suppose donc un vaste tableau d'ensemble dont je puis à peine détacher ici quelques traits ultra-sommaires.

Le régime familial romain comme le régime des biens a été trans-

(1) *Cartul. d'Apt*, MS. Bibl, nat. nouv. acq. lat. 1119ª : « Licet instituta priscorum quarumlibet venditionum non essent adsignata paginibus, tamen verbo venditori ac stipulatione finitorum divortio carebant, nunc... placet pactum inter dantem et accipientem... apicum aminiculo sanciri.» (Fº 25 rº.)

Diplôme de Rodolphe III de Bourgogne (Scr. Fr., XI, p. 550 : « Cum antiquissimæ semper fuit consuetudinis res donabiles, donatas, donandas usu litterario corroborare » (1028).

Cartul. de St-Victor de Marseille (I,p. 91) : « Jubet lex romana et ecclesiastica istoria ut si quilibet suam rem velit transfundere in quolibet dono, per scriptionis ligamen, nobis firmissimis apicum, eam connodet dum vanus presuptor... non sibi vendicet hoc quod conligatum in alius potestatis litterarum filis conspicit. » (1033-1037).

Cartul. de Gorze (éd. d'Herbomez, p. 198: « Omnis rei diffinitio et corrogata, ut remur, propriis gaudet fulciri titulis, quatinus cuncta empta redargutionis molimine recto ut reliquum dirigatur tramite » (959).

mué par le *mundium*, la vassalité, la solidarité et la copropriété ancestrale.

La *patria potestas* a fait place au pouvoir du chef de lignage ou du seigneur féodal.

Les restrictions à la liberté de tester, telles que la légitime (1), se dérobent devant la copropriété de la famille, et dans l'ensemble le droit successoral est bouleversé par la lutte des droits de masculinité et d'aînesse contre le principe de l'égalité des parts.

Le testament romain perd tous ses éléments distinctifs, ses conditions de forme et de fond. Presque partout la donation à cause de mort (parfois la *vente à cause de mort*) l'évince.

La dot romaine, dont le nom seul surnage, est remplacée par le don de fiançailles (*sponsalitium*) dû par le mari et par le don du matin(*mergingiva, dotalitium*) qu'il doit également, au Midi comme au Nord.

L'usage de la communauté modifie profondément les rapports entre époux en même temps que le *mundium* et la garde féodale envahissent le domaine de la tutelle et de la condition de la femme.

La condition des personnes se diversifie à l'infini par les contrats d'engagement, la coutume, l'arbitraire seigneurial.

La propriété est engagée dans les liens de la vassalité et de la seigneurie, qui font passer au premier plan la possession temporaire ou précaire.

Enfin le régime contractuel devient, si je puis dire, entièrement *réaliste*.

Pour la grande masse, seigneur et peuple, d'ordinaire pour les clercs eux-mêmes, nous l'avons vu, la formule ou la clause juridique restait lettre morte. Le droit avait besoin d'être *matérialisé*. La volonté des contractants, des plaideurs, des juges, devait être exprimée à l'aide d'un signe visible et tangible. Le contenu d'une charte importait beaucoup moins que le *fait* même qu'elle avait été dressée, que les parties et les témoins l'avaient *levée* ou *touchée*, qu'on l'avait remise de la main à la main, ou déposée sur l'autel, qu'on y avait soit apposé une croix ou appendu un sceau, soit inséré un fétu de paille, ou attaché un ou plusieurs deniers (2), qu'elle avait été précé-

(1) On la confond du reste avec la quarte Falcidie, qu'une charte de Cluny appellera même *facilia* (I, p. 99 (908).

(2) Je trouve encore ce curieux usage dans une charte du XII[e] siècle de l'abbaye de

dée ou suivie de la tradition d'un objet matériel : gant, couteau, évangéliaire, etc.

Le contenu devait servir à rappeler aux parties les circonstances où l'acte juridique avait été accompli, mais la preuve de ses éléments constitutifs et de sa portée, ce n'est pas du libellé qu'elle ressortait, c'est de l'attestation des témoins qui y avaient figuré, témoins, dont à l'aide des circonstances notées et des signes extérieurs soigneusement conservés on entretenait ou rafraîchissait la mémoire et qui servaient ainsi de charte *vivante* et *parlante*.

La charte constituait donc, avant tout, un rite ou un symbole, et, avec quelque paradoxe, on pourrait dire que la signature a été employée au Moyen-âge pour se passer de l'écriture. La charte vaut par elle-même, en *bloc*, comme le couteau, le bâton ou le gant qui servent à l'investiture. C'est à ce titre surtout qu'elle crée le droit, qu'elle noue le lien de droit. Ce lien, sauf pour certains engagements de la personne (*obnoxiatio* exprimée par les quatre deniers sur la tête ou l'enroulement de la corde—fiançailles consacrées par l'anneau, etc) le signe extérieur, y compris la *carta*, n'en détermine pas même la nature et l'objet. Une charte de donation servira sans difficulté pour opérer une vente. Tout se ramène en dernière analyse à une question de bonne foi des parties, des témoins et des juges, question où les usages traditionnels jouent le rôle de convention tacite. Tantôt ils suppléent à cette bonne foi, tantôt ils l'appuient, tantôt au contraire ils l'annihilent. Et c'est bien pourquoi, coutume et pratique ne cessent de s'infléchir et de se plier, par une lente et graduelle adaptation, aux conditions sociales.

Le droit romain proprement dit était donc, aux X^e^ et XI^e^ siècles, frappé chez nous d'une complète stérilité. Toute question de droit se résolvait en une question de fait et de personne. La preuve testimoniale seule avait une efficacité parce qu'elle rendait les témoins solidaires de la partie contractante en faveur de qui ils se prononçaient, faisait de sa cause la leur. S'il en était ainsi pour les témoins ordinaires, il en était de même, à bien plus forte raison, et pour les personnages plus ou moins considérables qui intervenaient à l'acte

Rosières : « Super altare Deo obtulit terram... et per *denarium qui ad dexteram pendet* quam pro investitura obtulit »; après quoi la charte est confirmée par le fils du donateur : avec cette mention « per *denarium qui ad levam pendet* investivit » (Archives du Jura, *Rosières*, LIX, 2, f° 342-343).

dans le but de le confirmer (*firmare*) et pour les juges qui vidaient un procès. C'est l'appui, le concours de ces multiples *testes* qui assure l'exécution d'un acte juridique.

Le fait triomphe et l'emporte sur le droit. Il triomphe par l'ignorance juridique qui a gagné en France toutes les classes, tous les rangs de la société, y compris les clercs. Il triomphe surtout aussi par l'absence d'une autorité puissante et désintéressée, royale ou papale, laïque ou ecclésiastique, d'une autorité capable de régler les rapports entre les hommes, d'après des principes supérieurs d'équité et de justice et non point d'après l'intérêt personnel des plus forts.

SULLA

QUESTIONE DELLA UNITÀ O DUALITÀ DEL DIRITTO IN ITALIA

SOTTO LA DOMINAZIONE OSTROGOTA

Per **Pasquale del GIUDICE,** professore ordinario nella R. Università di Pavia

L'ultimo scritto notabile apparso in quest'ultimo decennio sul regno ostrogotico, quello di Alfredo Halban (1), porge certo un utile contributo alla conoscenza del sistema giuridico attuato da Teoderico in Italia; ma non è tale, a mio parere, che tolga ogni dubbio, e in particolare presenti una soluzione del quesito con contorni sempre netti e precisi. Perocchè si ammette ormai generalmente che il diritto gotico continuasse tuttora a sussistere in Italia dopo la conquista dei Goti in una sfera più o meno ristretta come un diritto supplementare agli editti regj, ma qualcosa rimane ancora d'indeterminato e d'ipotetico circa la linea di confine che separava questo diritto dalla sfera ben più ampia del diritto romano. Tra le due opposte opinioni, l'una che concede troppo al diritto goto, l'altra che gli toglie tutto o quasi, l'Halban vorrebbe seguire una via di mezzo. Egli non accetta la conclusione di quelli che sostengono l'unità del sistema giuridico pei due popoli, ossia la validità del solo diritto romano anche sui Goti, e non aderisce neppure a quella degli altri, i quali affermano che, all'infuori delle leggi regie obbligatorie per tutti i sudditi, i Romani si reggessero colle leggi romane e i Goti colle consuetudini gotiche ; ma traendo profitto da studj recenti, specie del Mommsen (2), ricono ce la validità normale del diritto romano e la sua estensione ben oltre i termini degli editti ostrogoti, e ammette insieme la persistenza del diritto goto come un gius eccezionale e personale limitato, si può dire, ai soli rapporti di famiglia. Se non che, in qual modo si comportarono i re goti verso le consuetudini della loro gente? e quella qualunque sfera d'azione che potè restare alle medesime fu voluta e protetta dal legislatore ostrogoto, ovvero fu la conseguenza d'una mera necessità di fatto ? Ad un quesito così determinato l'autore non risponde o dà risposte malsicure.

(1) *Das römische Recht in den germanischen Volksstaaten.* Erster Theil, Breslau 1899, p. 94-150 (nelle *Untersuchungen zur deut. Staats-und Rechtsgeschichte* di Ottone Gierke, 56 Heft).

(2) *Ostgothische Studien* in *Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde*, XIV; Hannover, 1889.

Le note che seguono hanno per oggetto principalmente questo punto.

I

Il regno di Teoderico in Italia si presenta con una caratteristica tutta propria : esso si distacca da tutti gli altri regni barbarici che vediamo sorgere in quella età sul territorio dell'impero romano, pel modo onde il capo dello stato ostrogotico si comporta verso il diritto e le istituzioni romane, non che per lo spirito che anima il suo governo. Teoderico si asserisce il difensore della civiltà romana, il custode delle stituzioni dello stato, e adempie la sua missione con intelligenza ed energia e continuità maggiore di quella che vi posero parecchi dei suoi predecessori, legittimi imperatori d'Occidente. Certo molto è dovuto all'opera dei suoi consiglieri romani, soprattutto di Cassiodoro; ma senza la spinta del re, senza la conformità dei propositi e l'accordo dei sentimenti, l'opera dei suoi ministri sarebbe mancata. Perciò la signoria gotica in Italia apparisce come uno dei fenomeni più maravigliosi dell'età barbarica, e Teoderico che la fonda e la personifica, merita a buon diritto l'appellativo di grande che gli fu dato dal suo panegirista.

In tutti gli stati barbarici la popolazione romana non venne mai privata interamente del suo diritto nazionale, e neanche in quello vandalico, dove la sorte dei sudditi romani fu più dura che altrove. La legge romana, con o senza una ricognizione espressa, con o senza giudici speciali per applicarla, si mantenne sempre viva, almeno nei rapporti privati non controversi tra i Romani e in quelli pur controversi che si rimettevano alla decisione di arbitri. D'altra parte, in nessuno di quegli stati la legge romana, come tale, divenne predominante dirimpetto alla legge barbarica. Vi furono bensì re germanici, come Alarico II dei Visigoti e Gundobado dei Burgundi, i quali promulgarono dei codici speciali pei Romani, attinti alle fonti romane, accanto a quelli barbarici ; ma la prevalenza di questi ultimi è assicurata dal fatto ch'essi avevan vigore anche nelle cause miste tra barbari e romani; oltrechè le disposizioni di diritto pubblico emanate dai re avevan sempre efficacia territoriale.

Ora a questa condizione di cose fa eccezione, unica eccezione, il regno ostrogoto. Qui tutto è romano, governo, amministrazione,

istituti, leggi. Salvo le poche mutazioni determinate dalla necessità di consolidare la nuova signoria, tutto l'ordinamento romano permane qual era sotto gli ultimi imperatori d'Occidente. *Regnum nostrum imitatio vestra est* — dice Teoderico all'imperatore d'Oriente Anastasio, per convincerlo che non vi poteva esser ragione alcuna di discordia.... *pati vos non credimus inter utrasque respublicas, quarum semper unum corpus sub antiquis principibus fuisse declaratur, aliquid discordiae permanere* (*Variae* I, 1). (1).

Tutta la legislazione romana continua ad aver vigore nel regno ostrogoto, e le nuove leggi che i re emanano sotto nome di editti, sono sostanzialmente romane; onde il predominio che presso i Visigoti, i Burgundi e altri popoli germanici era del diritto barbarico, qui passa al diritto romano; giacchè gli editti ostrogoti avevano carattere territoriale e valevano pei Goti non meno che pei Romani. La relazione dunque tra i due diritti s'inverte addirittura.

Nè basta. La prevalenza della legge romana è affermata per gli editti regj non solo, quanto anche per tutto il rimanente diritto romano nei rapporti almeno fra Goti e Romani. Perocchè si puo dire che l'unico diritto ufficiale pel legislatore ostrogoto, l'unico riconosciuto e dichiarato, sia il romano. La comunanza del diritto è un mezzo potente di unificazione, e Teoderico mirava alla unione sempre più intima dei due popoli. La disparità di religione e di costumi impediva certo la perfetta attuazione dell'alto intento, ma la tendenza unificatrice del governo, specie in ordine al diritto, risulta evidente dagli atti ufficiali. Lo afferma esplicitamente Teoderico nella sua lettera al Senato, nella quale loda l'opera di Liberio ch' era a capo della commissione per la divisione delle proprietà, perchè « in tertiarum deputatione Gothorum Romanorumque et *possessiones iunxit et animos*... Sic enim contigit, ut utraque natio dum *communiter vivit*, ad unum velle convenerit... *una lex* illos et *aequabilis disciplina* complectitur » (Var. II, 16). E lo ripete Atalarico nel suo messaggio al popolo romano... « et Gothis Romanisque *apud nos ius esse commune, nec aliud inter vos esse divisum*, nisi quod illos labores bellicos pro communi utilitate subeunt, vos autem habitatio quieta civitatis romanae multiplicat» .

(1) Le *Variae* di Cassiodoro sono citate dalla edizione di Mommsen nei *Mon. Germ.* Berolini, 1894.

A questo non hanno badato coloro, e sono i più, che si fanno a sostenere la dualità del diritto per tutti i rapporti privati non contemplati dagli editti regj, a ciò indotti principalmente dalla istituzione del *Comes Gothorum*, magistrato nazionale dei Goti. La opinione contraria del Glöden (1), accolta in Italia fra gli altri dal Gaudenzi (2), è più nel vero. Difatti il principio della unità del diritto s'accorda meglio con tutto il sistema di governo di Teoderico che non quello della dualità, ed è avvalorato ancora da prove sicure ; ma non bisogna per altro intenderlo proprio nel senso di un impero illimitato ed esclusivo del diritto romano anche sui Goti. In ciò esagerarono il Glöden e ancor più il Gaudenzi; giacchè veramente l'osservanza di quel diritto pei Goti non puo dirsi illimitata, nè abbraccia tutti i loro rapporti. Per questo rispetto, fuori del campo degli editti, si possono distinguere tre gruppi di relazioni : 1° quelle pubbliche, come a dire gl'istituti di procedura e di diritto penale; 2° quelle private miste fra Goti e Romani; 3° quelle private relative ai soli Goti.

Per le prime non v'ha dubbio di sorta. Già gli editti ostrogoti, in massima parte contenenti disposizioni penali e procedurali, dovevano bastare nel maggior numero dei casi ai bisogni della gente gota, e dove non bastassero, vi si sopperiva colle norme romane. Una disparità di diritto in quest'ordine di rapporti sarebbe stata incompatibile con la unità dello stato e della costituzione che Teoderico volle soprattutto mantenere intatta. Ogni volta che s'imbatte in una consuetudine contraria ai principj penali e procedurali romani egli la condanna senz' altro. Così vieta la faida, il pegno privato, il duello e simili. « Remove consuetudines abominanter inolitas : verbis ibi potius, non armis causa tractatur » — scrive Teoderico al conte Colosseo inviato a reggere la Pannonia Sirmiense (III, 23). E in un altro rescritto anche per la Pannonia : « Cur ad monomachiam recurritis, qui venalem iudicem non habetis? Deponite ferrum, qui non habetis inimicum : pessime contra parentes erigitis brachium, pro quibus constat gloriose moriendum » (III, 24).

La stessa regola, a mio credere, vale per le seconde, quantunque qui le opinioni non siano così concordi come sul primo punto. Nei

(1) *Das Römische Recht im ostgothischen Reiche.* Jena, 1843.

(2) *Gli editti di Teodorico e di Atalarico e il dir. rom. nel regno degli Ostrogoti.* Torino, 1884.

rapporti misti il criterio che si vede adottato generalmente dai barbari è quello di affermare la preminenza del popolo dominante con applicare a tali rapporti la legge germanica. Gli Ostrogoti soltanto vi fanno eccezione, preferendo essi invece il diritto romano; il che è un'altra caratteristica distintiva di questo popolo. Se non che l'istituto del *Comes Gothorum* secondo alcuni sembrerebbe contraddire a siffatta opinione. Il conte, si dice, come giudice di nazionalità gotica, non potrebbe decidere le controversie miste, all'infuori degli editti regj, con le norme romane da lui ignorate. La difficoltà sembra grave a prima vista, ma in fondo è solo apparente, e svanisce quando si pensi che in cotesti casi il conte non giudica da solo, ma con l'assistenza di un assessore romano (*prudens romanus*); il quale gli è posto a fianco non pure per guarentigia della parte romana tratta sotto una giurisdizione militare ad essa estranea (chè tale è la giurisdizione del conte dei Goti), quanto ancora per illuminarlo su la regola da applicare alla fattispecie.

La *formula comitivae Gothorum* nel determinare la competenza del conte non rileva la sua qualità nazionale, ma solo quella dell'ufficio di cui è investito, cioè la qualità militare. Questa è il requisito essenziale, mentre l'altra è accidentale, e potrebbe anche mancare quando alla comitiva fosse assunto un romano, come ve n'ha qualche esempio. Quale giudice militare il conte giudica nelle cause tra goto e goto, perché i Goti sono militi, e giudica pure nelle cause miste *adhibito sibi prudente romano;* laddove di quelle tra romani è competente il *cognitor* romano, ossia il giudice civile. Or bene, se si raffronti la giurisdizione comitale gotica con quella dei *iudices militares* dell'impero romano, spicca evidente il carattere militare della medesima e la sua imitazione dal modello romano. Essa infatti è retta dagli stessi principj della giurisdizione romana, et non diversifica da questa se non in due punti soltanto, come nota il Mommsen (*op. cit.* p. 529), e cioè: 1° che il conte goto conosce di tutte le cause miste, mentre il giudice militare romano di quelle sole nelle quali il *civis* fosse attore; 2° pel conte è obbligatorio l'intervento dell'*assessor*, ma per l'altro facoltativo soltanto. Si aveva così nel regno ostrogotico una giurisdizione militare più estesa a danno dei *cives;* epperò Giustiniano, volendo dopo la guerra ripristinarne i limiti legittimi, prescrisse colla sua prammatica sanzione: « Lites etiam inter duos procedentes Romanos, vel ubi romana persona

pulsatur, per civiles iudices exercere iubemus, quum talibus negotiis vel causis iudices militares immiscere se ordo non patitur (§ 23) ». Questo passo della sanzione è una conferma del carattere militare del conte goto ; e non ha ragione il Dahn (1) di credere, che dalla menzione che in esso si fa delle liti fra due romani, sia esclusa la competenza del conte goto, non avendo questi alcuna ingerenza in quelle cause. Ma non è strano immaginare che i disordini della lunga guerra coi Greci e l'indifferenza se non l'avversione dei Romani pel destino della gente gota, abbia portato i comandanti militari a rafforzare il loro potere su quelli con allargare abusivamente la loro giurisdizione. Certo è che ancor prima della guerra, in pieno periodo di pace, Atalarico di questo abuso appunto ebbe a muovere rimprovero al conte Gildila di Siracusa : « Duorum negotia Romanorum etiam his invitis ad tuum diceris vocare iudicium : quae si cognoscis facta, ulterius non praesumas, nedum vis iudicium incompetentes quaerere, reatum potius videaris invenire » (IX, 14). Questi eccessi di potere dovettero naturalmente farsi più frequenti al tempo della guerra ; onde non è da meravigliare che Giustiniano, volendo correggere gli abusi della giurisdizione militare gotica, ne abbia fatta espressa menzione nella sua legge.

La stessa formula ingiunge al conte anzitutto l'applicazione degli editti (*edicta nostra*), e non prevede il caso che per l'insufficienza di questi una lite debba esser decisa con altra norma. Solo, a proposito dei giudizi misti, dice : « si quod etiam inter Gothum et Romanum natum fuerit fortasse negotium, adhibito sibi prudente Romano, certamen possit *aequabili ratione discingere* ». Con che non si vuole intendere, come si fa da alcuni, che la lite in tal caso debba esser definita *ex aequo et bono* senza attenersi nè al puro diritto romano nè al diritto goto, sì bene vuol dire con giustizia, con eguaglianza, senza lesione cioè dei diritti (in senso subbietivo) dell'una o dell'altra parte di nazionalità diversa (2). Data dunque l'insufficienza dell'editto, a quale altra norma doveva appigliarsi il giudice? La formola tace, ma parla invece un altro documento non dissimile. È l'ordinanza di Teoderico al conte Sunhivad inviato a reggere la

(1) *Die Könige der Germanen*, IV Abt., Würzburg, 1866, p. 177.

(2) Così in altri luoghi delle Varie . I, 19 . *aequabiliter* imperare : — II, 16 : una lex dios et *aequabilis disciplina* complectitur; — V, 29; *aequabilem iustitiam* custodire, etc

provincia del Sannio, la quale, a proposito dei giudizi misti, contiene la seguente istruzione : « Intra itaque provinciam Samnii, si quod negocium Romano cum Gothis est, aut Gotho emerserit aliquod cum Romanis, *legum consideratione* d finies, nec permittimus *discreto iure* vivere quos uno voto volumus vindicare » (III, 13). Qui l'allusione alla unità del diritto tra i due popoli è evidente. E si noti che colla voce *leges* nelle fonti ostrogote si denota sempre ed unicamente le leggi romane; il diritto nativo dei barbari è appellato, in contrapposto alle leggi, *mos, mores, consuetudines* (ad es. III, 23 : « consuetudines inolitas » ; IV, 1 : « more gentium » ; X, 29 : « more gentium barbararum »).

Alla stessa conclusione si viene osservando altri luoghi delle fonti.

Teoderico in una epistola al senato, dopo aver magnificato il *factum novum et omnino laudabile* che colla divisione delle terre siasi cementata la unione dei due popoli, soggiunge : « *una lex* illos et aequabilis disciplina complectitur » (II, 16). E altrove : « vivat noster exercitus *civiliter* cum Romanis » (III, 38). Nella formula del ducato di Rezia : « ... ut milites tibi commissi vivant cum provincialibus *iure civili* » (VII, 4).

I Goti posseggono quello che « reliquae gentes habere non possunt : hoc est, quod vos (Gothos) efficit singulares, si assueti bellis videamini *legibus vivere* cum Romanis » (VII, 25).

Atalarico al popolo romano : ... « et Gothis Romanisque apud nos *ius esse commune*, nec aliud inter vos esse divisum, nisi quod illos labores bellicos pro communi utilitate subeunt, vos autem habitatio quieta civitatis romanae multiplicat » (VIII, 3).

Tale comunanza del diritto romano pei due popoli è confermata inoltre da papa Gelasio in una lettera a re Teoderico : « Certum est magnificentiam vestram *leges Romanorum principum, quas in negotiis hominum custodiendas esse praecepit*, multo magis circa reverentiam beati Petri apostoli pro suae felicitatis augmento velle servari ». (*Var. Additam. primum*, 6).

Anche il re, il fisco, si regge colle stesse norme. Teoderico nel suo editto lo dichiara apertamente : « Nobis sicut et principes (cioè gl' imperatori romani) voluerunt, ius cum privatis volumus esse commune (cap. 24 ; cf. Ed. Athal. 2, e Var. V, 24).

Così si spiega come negli editti generali dei re ostrogoti, là dove i accenna alla brevità dei medesimi, non si faccia mai parola nè

altrimenti allusione alle consuetudini germaniche, ma si pensi soltanto a confermare la validità per tutti del diritto romano. Questo punto fu dimostrato egregiamente dal Glöden sin dal 1843, e niuno degli oppositori riuscì a confutarlo seriamente. La frase del prologo dell'editto teodericiano : « ut salva *iuris publici* reverentia et *legibus omnibus* cunctorum devotione servandis, quae Barbari Romanique sequi debeant super expressis articulis, edictis praesentibus evidenter cognoscant » — dice chiaramente che anche le leggi non comprese nell'editto sono da osservarsi da tutti (*cunctorum devotione servandis*). Il che è ripetuto dall'epilogo : « Quae comprehendere nos vel Edicti brevitas, vel curae publicae non siverunt, quoties oborta fuerint, *custodito legum tramite* terminentur ». Nello stesso senso è da intendere la frase dell'epilogo dell'editto di Atalarico, breve appendice a quello dell'avo : « *usualia iura publica* sub omni censemus districtionis robore custodiri », dove l'aggettivo *usualia* non indica già un qualunque diritto consuetudinario diverso dal romano, ma significa solo il diritto in uso, vigente, come è manifesto dal ricorrere lo stesso termine nel periodo successivo : « legum *usualis regula* et praeceptorum nostrorum probitas *ubique* servetur ».

Ora, se i re Ostrogoti avessero voluto restringere l' osservanza di tutto il diritto romano alla sola popolazione romana, e lasciare ai Goti libero l'uso del diritto patrio, si sarebbero espressi con termini diversi nei loro editti. Perocchè sarebbe stata una singolare innovazione quella d'introdurre l'unità giuridica solo per una piccola parte del diritto romano, chè brevi estratti di fonti romane con qualche modificazione erano gli editti regj (1), da meritare una qualche giustificazione o un cenno speciale; mentre in nessuno degli atti ufficiali della cancelleria ostrogota, abitualmente prolissa nelle motivazioni, se ne fa motto.

II

Restano i rapporti del terzo gruppo. Sulla legge regolatrice di essi sappiamo solo che il conte, ordinariamente di nazionalità gotica, era il giudice naturale civile e penale dei Goti, il quale era

(1) . . « quae ex novellis legibus ac veteris iuris sanctimonia pro aliqua parte collegimus ». Theod. Ed. Epil.

tenuto all'applicazione degli editti regj nell'esercizio della sua funzione giudiziaria. Altri dati sicuri non ci porgono le fonti. Certo cotesti editti dovevano bastare in non pochi casi nei rapporti privati tra i Goti, poichè le disposzioni di questo genere nell'editto di Teoderico non sono così scarse, come da molti si crede. Sopra 154 articoli quanti ne contiene l'editto, più di trenta son dedicati al diritto privato,e riguardano la proprietà delle terre e dei servi e coloni, la prescrizione, donazione, vendita, fideiussione, mutuo, pegno privato, successione, testamento. Tuttavia si era ben lontani dall'avere una legislazione regia sufficiente in materia privata, e il legislatore stesso lo riconosce apertamente, quando nell' epilogo notando la scarsità della legge, prescrive che, in mancanza di un suo editto, le liti *custodito legum tramite terminentur*. Questa prescrizione che tien dietro immediatamente all'altra, la quale impone l'osservanza dell'editto del pari ai romani e ai barbari, prova che anche per essa non si fa distinzione tra i due popoli ; onde le cause private vertenti tra due goti vanno decise a norma di legge, che vuol dire a norma della legge romana, come s'è visto.

Se non che il proposito del re ostrogoto poteva effettuarsi sino a un certo punto. I rapporti privati, specialmente non controversi, non si modificano a volontà dei principi, e la legge non è il più forte coefficiente per la mutazione loro, sopratutto quando essi hanno radice nelle costumanze gentilizie. Il principio della unità giuridica dovette arrestarsi di fronte alla sfera privata, nella quale fu necessità lasciare che i rapporti non incompatibili con la vita militare, propria dei Goti, con il possesso di parte delle terre romane, con i bisogni della convivenza, continuassero ad essere regolati dalle consuetudini patrie.

Non è già che il re avesse l'intento, come asserisce l'Halban (p. 116), di render possibile la coesistenza dei due diritti, giacchè l'intento di Teoderico e dei successori era bensì quello unicamente di far penetrare nella vita della sua gente l'osservanza del diritto romano ; ma questo intento non fu potuto realizzare che in parte soltanto. I re ostrogoti non tentarono di estirpare con mano violenta il diritto goto, ma nemmeno vollero far nulla per assicurarne la conservazione. Il gius romano, dominante sui goti col tramite degli editti regj e in genere nei rapporti misti, aveva tolto vigore a molta parte del diritto goto ; quel residuo che si mostrò refrattario all'in-

fluenza romana apparteneva al campo privato e neanche a tutto il campo privato.

La materia della proprietà, ad esempio, è da crederla pur sempre retta dalla legge romana, sia perchè alcune norme della medesima esistevano già nell'editto teodericiano, sia perchè i Goti per le terre ch'ebbero in sorte erano considerati come possessori romani. Ma nel diritto di famiglia e nei rapporti personali poteva annidarsi l'ultimo avanzo delle consuetudini gotiche, e in verità in questa cerchia ristretta esse persistettero effettivamente. Lo stesso Glöden, il forte campione della unità giuridica, non può disconoscere una certa limitazione all'impero esclusivo del diritto romano, la quale limitazione egli riduce a tre casi: nei compromessi tra i Goti, nei rapporti famigliari e nelle provincie più lontane dove l'ignoranza del diritto romano favoriva la persistenza di consuetudini barbariche. Il Gaudenzi, esegerando alquanto la tesi del Glöden, accenna ai soli compromessi, che è troppo poco. Ad ogni modo è significante il fatto, che le poche tracce di diritto goto che si ravvisano nei documenti del tempo, si riferiscano tutte al diritto famigliare e personale.

Una di queste tracce è contenuta nella nota ordinanza di Teodorico lib. I, 38 delle *Variae*. Un goto adolescente Wiliarit aveva ricorso al re, perchè lo zio Boione gli sperperava il patrimonio paterno. Il re accoglie il reclamo, ed ordina che i beni siano restituiti al giovine Wiliarit perchè atto alle armi; e in via di massima afferma: « sic iuvenes nostri (cioè goti), qui ad exercitum probantur idonei, indignum est ut ad vitam suam disponendam dicantur infirmi et putentur domum suam non regere, qui creduntur bella posse tractare. Gothis aetatem legitimam virtus facit, et qui valet hostem confodere, ab omni se iam debet vitio vindicare ». Il tenore di questa motivazione, l'insistere due volte sui *iuvenes nostri*, sui *Gothi* mi convince che qui si tratta di un principio germanico concernente la maggiore età, del quale la prima notizia ai Romani fu data da Tacito nella sua *Germania* 13. Non è ammissibile la spiegazione di Glöden della *venia ætatis* romana, perchè nell'ordinanza ostrogota manca ogni riferimento all'età, e manca pure ogni riscontro con la formula propria della *venia ætatis*, di cui in Cassiodoro VIII, 41.

Altra traccia, ma, a mio credere, men sicura, si rinviene in *Var.* V, 32. In una lettera di Teoderico al goto Brandila, si narra di

una reiterata doglianza di Patza o Pitzia, la cui moglie Regina durante l'assenza del marito per servizio militare era stata percossa ferita da Procula moglie di Brandila, e ammonisce quest' ultimo, se il fatto susisste, a infliggere una correzione maritale sulla donna colpevole, altrimenti la si ottoporrebbe a giudizio legale : « *maritali districtione* redarguas, quatenus ex eadem causa ad nos querela iusta non redeat ; et legibus noveris resecari posse, quod te oportuerat *domestica districtione corrigere* ». — La frase *maritalis, domestica districtio* suppone un potere disciplinare nel marito che può bene convenire al mundio dell'antico diritto germanico, ma non più al diritto romano del sesto secolo. L'osservazione è del Bethmann-Hollweg (1), e sta bene. Rimane però il dubbio se la frase accennata sia adoperata in un senso rigorosamente tecnico, o non piuttosto in quel senso figurato e iperbolico che ricorre tanto spesso negli scritti di Cassiodoro.

Qualche esempio di costumanza germanica apparisce anche nel diritto pubblico. A prescindere dai *saiones*, funzionarj esecutivi nuovi più nel nome che nella sostanza, lo stato ostrogoto non è scevro di quella ingerenza personale del re nel governo della cosa pubblica, che spicca caratteristicamente in tutti i regni barbarici. Essa invero non era estranea teoricamente, come avverte Mommsen (p. 543), all'impero d' Diocleziano e di Costantino, ma praticamente non possibile per la grande estensione di esso. Di qui l'importanza sempre crescente del *maior domus* nei regni barbarici, il quale col tempo riuscì a sovrapporsi ai magistrati ordinarj ; di qui ancora la *tuitio* o protezione speciale, neanche essa estranea ai Romani del basso impero, ma ch'è tanta parte del potere regio germanico. La *tuitio nominis nostri*, di cui la formula in *Var.* VII, 39, ricorda in qualche modo il *sermo*, la *mundeburdis regis* delle fonti franche. Da ultimo, la elevazione al trono sugli scudi, che si ripristina con Vitige, è un antico costume germanico. Così Cassiodoro nell'a. 536 (*Var.* IX, 31) annunzia ai Goti l'elezione del re « inter procinctuales gladios *more maiorum* scuto subposito ».

Ecco in breve le tracce dei πάτρια νόμιμα dei Goti, come dice Agathias (*Hist.* I, 20), se con tale espressione egli volle alludere alle consuetudini gentilizie o non piuttosto alle leggi emanate dai

(1) *Der germanisch-romanische Civilprozess im Mittelalter*, I, Bonn 1868, p. 276.

re ostrogoti in Italia. Queste tracce ad ogni modo son poche ma concludenti, e ne porgono la prova diretta del perdurare in Italia entro brevi confini del diritto goto. Il quale, limitato ai rapporti di famiglia tra i Goti, poteva sussistere come un *ius personale* allato al romano ; tanto più che da quando genti straniere vennero accolte come federate nell'impero, la teoria romana considerò i rapporti famigliari e successorj di pertinenza del diritto personale. Eppure la posizione di quel qualunque diritto goto che potè sussistere nel secolo sesto, fu determ nata da una mera necessità di fatto senza ricognizione del legislatore ; posizione analoga a quella che nel secolo successivo fu fatta allo stesso diritto romano nel primo periodo della dominazione longobarda, in quel periodo che ebbe la sua espressione legislativa negli editti di Rotari e di Grimoaldo.

LA NATURE

DE LA

QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI

SELON LES JURISCONSULTES BYZANTINS

Par **E. JOBBÉ-DUVAL**

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris

SOMMAIRE

I. Les deux groupes de textes relatifs à la nature de la *querela inofficiosi testamenti*. — II. L'interprétation du *Corpus juris* et les commentaires des jurisconsultes byzantins du VI^e^ siècle.—III. Quelques mots sur l'origine de la *querela inofficiosi testamenti* et sa nature d'après la jurisprudence classique. — IV. L'œuvre de Justinien. — V. Vue d'ensemble sur la doctrine des jurisconsultes byzantins du VI^e^ siècle. — VI. Théophile et Thalélée. — VII. Etienne. — VIII. Les autres jurisconsultes de la même époque, spécialement l'Anonyme, Cyrille et Théodore d'Hermopolis. — IX. Période comprise entre le commencement du VII^e^ siècle et les Basiliques. — X. Les Basiliques de Léon le Sage. — XI. La renaissance juridique du XI^e^ siècle. — XII. Conclusion.

I

Les jurisconsultes classiques appelaient, on le sait, *testamentum inofficiosum*, testament contraire au devoir, celui dans lequel le défunt exhérédait ou omettait sans motifs un de ses parents les plus proches, qui eût recueilli l'hérédité ab intestat. La *querela inofficiosi testamenti* servait à lui assurer cette dernière, malgré la volonté du testateur. Les documents relatifs à la *querela inofficiosi testamenti* ne manquent pas, puisque nous possédons, dans le titre fort étendu du Digeste, des fragments empruntés aux grands jurisconsultes contemporains de Marc Aurèle ou des empereurs de la dynastie des Sévères : Marcellus, Cervidius Scaevola, Papinien, Tryphoninus, Paul, Ulpien, Marcien, Modestin et puisque le Code Théodosien et le Code de Justinien nous ont conservé de nombreuses constitutions impériales relatives à ce sujet, sans parler de celles auxquelles font allusion d'autres sources, comme par exemple celle de Trajan, la première en date, dans l'état actuel de nos connaissances. Si cette abondance de renseignements ne saurait être niée, la terminologie des titres : *de inofficioso testamento* au Digeste et aux Codes de Théodose et de Justinien frappe tout d'abord par son étrangeté ; car la langue fait plutôt songer à celle des rhéteurs qu'à celle des jurisconsultes et un examen plus approfondi permet de constituer deux groupes de textes, qui paraissent en contradiction

les uns avec les autres. Tandis que ceux du premier groupe supposent la pétition d'hérédité intentée par le légitimaire et raisonnent comme si le but de celui-ci était de faire reconnaître sa qualité d'héritier ab intestat, le testament étant nul, *sub colore insaniae* (*hereditatem evinci*) (1), *vindicari* (2), *restitui* (3), ceux du second assignent, comme objet à l'action la rescision du testament en vue d'ouvrir la succession ab intestat, mais seulement au moment de la sentence (*rescisso testamento* (4), *intestatum patremfamilias facere* (5), *pronuntiare testamentum inofficiosum esse* (6). Dès lors, les interprètes du droit romain se divisèrent de bonne heure sur la question de la nature de la *querela inofficiosi testamenti*, les uns la considérant comme une variété de *petitio hereditatis*, les autres comme une action indépendante. Sauf un jurisconsulte humaniste du XVIe siècle, Viglius Zuichemus, dont la voix n'eut aucun écho, personne ne songeait du reste à rechercher, au préalable, s'il s'agissait d'une action ou si au contraire le défaut de griefs du testateur vis-à-vis de l'héritier présomptif exhérédé ou omis ne constituait pas seulement un moyen à l'appui d'une *petitio hereditatis intestati* ordinaire ou à l'encontre d'une *petitio hereditatis ex testamento*, moyen dont peut-être on se servit même quelquefois à l'occasion d'une autre action que la pétition d'hérédité (7).

(1) Paul, D, 5, 2, 21, 2... *evicta hereditate per inofficiosi querelam.*

(2) Paul, D, 5, 2, 17 et 19 ; Ulpien, D, 5, 2, 27, 3.

(3) Papinien, D, 5, 2, 16, 1. Bornons-nous à citer encore, comme rentrant dans le premier groupe de textes, Scaevola, D. 5, 2, 20; Tryphoninus, D, 37, 4, 20, *pr. in f* : *sed ad hereditatis petitionem admittendus est ex causa inofficiosi querelae contra emancipatum mo vendae ;* Ulpien, D, 5, 2, 7, 1 ; Severe et Antonin Caracalla, C. 3, 31, 3 ; Justinien, C,3,28,34, *pr* : *nulla hereditatis petitione ex nomine de inofficioso constituta vel praeparata.*

(4) Paul, D, 5, 2, 19, *in f.*; Ulpien, D, 5, 2, 25, 1.

(5) Ulpien, D, 5, 2, 6, 1.

(6) Ulpien, D, 5, 2, 26.

(7) Sans mettre à profit les sources byzantines, comme l'avait fait Viglius Zuichemus, M. R. Gneist soutint avec force, en 1845, que la *querela inofficiosi testamenti* ne constituait pas une procédure distincte mais seulement un moyen de preuve et ressemblait, à cet égard, à la *querela non numeratae pecuniae*, *Die formellen Verträge*, § 8, p. 63 et sqq., spécialement nº 6, p. 73 et sqq. A notre connaissance, cette remarquable doctrine obtint seulement deux adhésions, fort importantes à la vérité l'une et l'autre, celle de M. H. Fitting, *Das castrense Peculium in ihrer geschichtlichen Entwickelung und heutigen gemeinrechtlichen Geltung*, 1871, § 33, p. 233 et p. 234, note 6, et celle de M. L. Goldschmidt, *Die Querella non numeratae pecuniae und die Reichsprocessgesetzgebung*, *Iahrb. für Dogm.* de

II

Comme ce fut là précisément le point de vue des jurisconsultes byzantins, il nous a semblé qu'il n'était pas sans intérêt d'exposer sommairement leur doctrine (1). Si l'importance de leur œuvre n'était pas, en fait, trop souvent méconnue (2), il serait puéril de constater que les livres des professeurs de droit contemporains de Justinien méritent d'être consultés par qui veut connaître la législation de cet empereur, à l'élaboration de laquelle plusieurs d'entre eux contribuèrent. Comme le disait en 1839, Ch. Ed. Zachariae von Lingenthal (3) avec beaucoup de modération et de dignité, alors que les historiens du droit étudient, depuis longtemps, la Paraphrase des Institutes de Théophile, pourquoi négligeraient-ils les œuvres de Thalélée, d'Etienne (4), de Théodore d'Hermopolis, jurisconsultes du même temps et de la même valeur? Ce n'était même pas assez dire et, à la fin de sa longue et belle carrière, Zachariae n'eut sans doute pas reconnu la même importance scientifique à la Paraphrase des Institutes et aux œuvres des interprètes, dont nous venons de citer les noms.

Ihering, t. 24, p. 33 et sqq., spécialement p. 93, *Anm.* 1. — M. C. Chabrun vient de soutenir la même thèse avec beaucoup de talent.

(1) Bibl : C. A. Klenze, *Querelae inofficiosi testamenti natura, ex principiis juris antejustinianei eruta, commentationis historico-criticae specimen, Berolini*, 1820, remarquable thèse du futur professeur de l'Université de Berlin ; — F. Eisele, *Zur Querela inofficiosi* (*Zeitschrift der Sav. Stift.*, t. 15, R. A., 1894, p. 256, sqq., spécialement p. 302-306 ; — C. Chabrun, *Essai sur la querela inofficiosi testamenti*, thèse, Paris, 1906.

(2) Henry Monnier, *Notice nécrologique sur M. C Accarias*, Revue critique de législature et de jurisprudence, 1903, et tirage à part, p. 11.

(3) *Historiae juris Graeco-Romani delineatio*, 1839, *praefatio*, p. 4 ; *Theophilo autem si auctoritatem tribuatis, cur non eadem diligentia reliqua veterum juris Justinianei interpretum scripta perscrutemini, Thalelaei dico, Stephani, Theodori, aliorumque, qui et aetate et doctrina Theophilo aequales fuerunt ?*

(4) Sans attacher à la question plus d'importance qu'elle n'en mérite, nous croyons préférable d'appeler Στέφανος Etienne, lui restituant ainsi le nom de son saint patron. Il n'y a vraiment pas de raison de ne pas suivre, à cet égard, l'exemple de M. Mortreuil, plutôt que celui de M. A. Rivier qui, dans son *Introduction historique*, d'ailleurs excellente, appelle Στέφανος Stéphane.— Cf. C.-E.-Zachariae von Lingenthal, Ἀνέκδοτα, 1843, *Prolegomena*, § 49 : *Graeci christiani fere uno nomine, quod κύριον ὄνομα ante baptisma accepissent, contenti erant.*

Répétons le donc, non sans nous en excuser quelque peu, le nom de Justinien éveille l'idée d'une renaissance juridique (1). Dans la Trébizonde des Comnènes (2), les églises bâties par cet empereur attirent et retiennent l'attention du voyageur ; les écrivains du VI^e^ siècle occupent, de même, une place à part dans l'énorme compilation des sources du droit gréco-romain ; ce furent des classiques pour leurs successeurs qui ne leur ménagèrent pas les éloges, et l'admiration qu'ils inspirèrent dura longtemps ; car leurs commentaires, après avoir constitué le texte même des Basiliques de Léon le Sage, vinrent plus tard le compléter et l'enrichir, à titre de scolies (3). Classiques avons-nous dit, ils ne l'étaient pas assurément comme les grands jurisconsultes novateurs du I^er^ et du II^e^ siècle; le sens et le goût de la pratique leur manquaient; grecs d'origine (4), ayant étudié la théologie en même temps que le droit (5), ils se trouvaient en outre emprisonnés par les règlements de Justinien relatifs à l'interprétation de son œuvre législative (6). Cependant, s'ils appartenaient déjà au fond au moyen-âge, ils avaient encore sous

(1) M. Ch. DIEHL, *Justinien et la civilisation byzantine au VI^e^ siècle*, 1901, p. 248, dit très bien : « Faire œuvre juridique, c'était une manière encore de revendiquer l'héritage de l'ancienne Rome ».

(2) J. CAUVET, *L'empereur Justinien et son œuvre législative* (Mémoires de l'Académie des Sciences, Arts et Belles Lettres de Caen, 1880, et tirage à part, p. 57).

(3) Pour l'histoire du droit gréco-romain, bornons-nous à renvoyer à l'œuvre de ZACHARIÆ VON LINGENTHAL, en particulier, à sa *Delineatio*, citée plue haut et à sa *Geschichte des griechisch-römischen Rechts* (3), 1892;— à J.-A.-B. MORTREUIL, *Histoire du droit byzantin*, 1843-46, 3 vol.;—à C.-G.-E. HEIMBACH, *Prolegomena Basilicorum*, édition des Basiliques, t. 6, 1870,— enfin aux travaux de C. FERRINI, parmi lesquels nous citons seulement : *Storia delle Fonti del diritto romano e della giurisprudenza romana*, 1885, p. 142 sqq., et *Per l'VIII centenario della Università di Bologna. Studi giuridici e storici*, n° 4, p. 83 sqq. Voyez également : L. SICILIANO VILLANUEVA, *Diritto Bizantino*, 1906.

(4) « L'esprit grec, amoureux de dialectique, rompu à toutes les argutics des discussions philosophiques et théologiques, à tel point que la langue grecque a pu être considérée en Occident comme la langue des hérésies,forme l'antipode de l'esprit logique des Romains.», dit M. A. FERRADOU, *Les biens des monastères à Byzance* (thèse 1896, p. 5).—Cf. MORTREUIL, *Histoire du droit byzantin*, t. I, p. 8, et R. DARESTE, *La Science du Droit en Grèce*, 1893. Introd., p. 3 et 4.

(5) J. CAUVET, *op. laud*, p. 8 et 9.

(6) «Malgré la défense prononcée par Justinien contre les interprètes,les professeurs de Béryte et de Constantinople se livrèrent à un travail d'exégèse assez libre au fond.....», dit très bien M. R. DARESTE, *Nouv. Rev. hist.*, t. 31, 1907, p. 274.

les yeux les modèles de l'antiquité (1). Comme le dit M. H. Erman (2): « pour mener à bien — relativement parlant — la colossale entreprise des Pandectes et cela en moins de trois ans et dans des circonstances extérieures fort défavorables, il fallait des juristes d'un réel savoir et savoir-faire ». La renaissance remontait déjà à un demi siècle environ, en 518, au moment où, son oncle Justin étant devenu empereur, Justinien commença à exercer une influence prépondérante dans l'Etat (3). L'Ecole de Béryte avait produit des professeurs qui demeurèrent longtemps célèbres, on avait commencé le travail d'adaptation du droit romain aux populations orientales. Les préoccupations doctrinales des rédacteurs du *Corpus juris civilis* ne sauraient être niées (4) et s'ils « donnèrent au droit classique une forme plus scolastique, en le dotant de distinctions et de nombreux termes techniques » (5), il est difficile de démêler ce qui, dans cette œuvre, leur appartient en propre et ce qu'ils empruntèrent à leurs maîtres ; mais qu'ils aient eu des initiateurs et des précurseurs, cela n'est pas douteux.

Le travail de codification achevé, les professeurs se mirent à l'œuvre, comme ils le firent, après 1804, en France, comme ils le font, en ce moment, en Allemagne ; ils s'efforcèrent de vulgariser la législation nouvelle, en l'exposant clairement. Sans aucun doute, ils visaient le droit de Justinien et lui seul ; ils ne faisaient nullement la critique du texte et ne signalaient pas les « interpolations » (6).

(1) Comparer, sur Ravenne et l'art byzantin, les belles pages de M. Ch. DIEHL, *op. laud.* p. 629 sqq.

(2) Mélanges Ch. APPLETON, D. (44, 2) 21, § 4, *Etudes de droit classique et byzantin*, 1903, p. 212, n° 1, *in f.*

(3) M. H. ERMAN, *op. laud.* reporte, très justement à notre avis, à l'année 518 le début de l'activité législative de Justinien. — M. Wladimir BENESCHEWITZ vient même de poser la question de savoir s'il n'y aurait pas eu un *Codex Justineus* avant le *Codex Justinianeus*, et cela en se fondant sur une Vie grecque de saint Théodore, Vie rédigée à la fin du VI^e^ siècle ou au début du VII^e^ (*Zeitschrift der Sav. Stit., R. A.*, t. 24, 1903. p. 409 sqq).

(4) Bornons-nous à signaler le soin, avec lequel les rédacteurs des constitutions de Justinien mentionnaient les controverses des jurisconsultes classiques. On ne saurait nier l'influence considérable exercée par les professeurs de droit sur l'œuvre de notre empereur.

(5) H. ERMAN, *op. laud.* p. 214.

(6) A cet égard néanmoins, Thalélée occupait une place à part. Voyez des exemples d'interpolations relevées par ce jurisconsulte dans ALIBRANDI *Opere giuridiche e storiche*, t. 1, 1896, p. 54.

Qu'ils nous donnent néanmoins quelquefois, d'une façon directe, d'utiles renseignements sur la procédure formulaire, il a bien fallu le reconnaître. Seulement, dans la matière dont nous nous occupons, leurs paraphrases nous rendent un service d'une autre nature. Juristes dans le sens le plus étroit du mot, ils avaient les qualités des juristes (1) ; soucieux des définitions précises, ils savaient construire une doctrine. Or, comme le droit classique apparaît sous le droit de Justinien, la façon dont ils comprennent le second présente un haut intérêt pour l'interprétation du premier, d'autant que les plus anciens d'entre eux avaient enseigné le *jus* et les *leges*, avant la rédaction des Pandectes et du Code et ne pouvaient cependant avoir oublié leur science (2).

Ayant ainsi circonscrit le terrain sur lequel nous entendons nous placer et en protestant que nous n'entendons nullement méconnaître les défauts de la législation de Justinien, exposons, en quelques mots, dans un intérêt de clarté, quelle était, à notre avis, la pensée des jurisconsultes classiques, avant de voir comment la comprirent les scoliastes byzantins du VI^e^ siècle.

III

Cinquante ans environ après Jésus-Christ, le grand jury des centumvirs avait définitivement fixé sa jurisprudence, sur la *querela inofficiosi testamenti*, quant au principe bien entendu; car cette jurisprudence se précisa et se développa pendant une fort longue période. Saisi de tous les procès qui s'engageaient à Rome à propos de la succession d'un citoyen romain et d'eux seuls (3), ce grand jury, organe de l'opinion publique, autorisa, sous certaines conditions, l'héritier présomptif à prouver, que le testament était contraire à l'*officium pietatis*, attendu qu'il ne méritait pas d'être exhérédé

(1) M. H. Monnier, *Ch. E. Zachariae von Lingenthal* (*Nouv. Rev. hist.*, 1895, p. 667). loue « l'art mnémonique et subtil, la minutieuse abondance des juristes gréco-romains. »

(2) Ils ne brûlèrent pas non plus leur bibliothèque ; or, on ne saurait le nier aujourd'hui, les *libri ad Sabinum* et les *libri ad Edictum* d'Ulpien étaient fort répandus en Orient à la fin du V^e^ siècle.

(3) Voyez notre *Explication du n°* 173 *du livre* 1 *du « De oratore » de Cicéron* (*Nouv. Rev. histor.*, 1904 et 1905, et tirage à part).

ou omis (1). Peu importait du reste que cet héritier présomptif jouât le rôle de demandeur ou celui de défendeur, qu'il s'agît d'une *petitio hereditatis intestati* ou d'une *petitio hereditatis ex testamento*. Dans les deux cas, l'affaire se présentait comme un incident du *judicium centumvirale* (2). Après la procédure *in jure* accomplie devant le préteur urbain ou pérégrin (du temps de Gaius) et la mise au rôle autorisée par un *decemvir litibus judicandis*, suppléant du *praetor hastarius*, en présence et du consentement des deux plaideurs, *subscriptio centumviralis judicii* (3), ces derniers comparaissaient enfin devant les centumvirs (4) et faisaient valoir leurs moyens, moyens qui variaient dans une large mesure suivant les circonstances. S'agissait-il de *testamentum inofficiosum*, le grand jury autorisait la preuve par un jugement d'avant dire droit (5), quand certaines conditions se trouvaient réunies, quand certaines fins de non recevoir faisaient défaut (6). Commençait alors la *quaestio inofficiosi* (7), l'enquête dirigée par le magistrat président, en vue de parvenir à la découverte de la vérité, le *judicium de inofficioso* (8), incident du *judicium centumvirale, rem inofficiosi ordinare* (9). On

(1) MARCELLUS, D, 5, 2, 5.

(2) Cf. M. WLASSAK, PAULY-WISSOWA, v° *Centumviri*, VII, et O. MARTIN, *Le tribunal des Centumvirs*, thèse Paris, 1904, p. 96 sqq.

(3) La matière présente du reste de très grandes difficultés, que nous sommes loin de méconnaitre. Si nous exposons en quelques mots la conjecture qui nous paraît la plus vraisemblable, c'est dans un intérêt de clarté.

(4) « Il semble bien, dit M. O. MARTIN, pp. 36 et 37, que les quatre sections se réunissaient au début de l'audience en une séance plénière présidée par le *praetor hastarius* et consacrée, sans doute, à l'évocation des affaires, à leur fixation et à leur répartition entre les diverses sections. Puis commençaient les audiences séparées de ces sections, quand il n'y avait pas lieu à un *quadruplex judicium*.....»

(5) Ils l'autorisaient de la même façon, à notre avis, si l'héritier présomptif attaquait le testament non pas comme *inofficiosum*, mais comme *injustum, ruptum, irritum* ; seulement, on comprend que les centumvirs aient pris des précautions particulières dans la première hypothèse.

(6) PAUL, D. 5, 2, 31, *pr.*: *si is qui* ADMITTITUR *ad accusationem*; et §§ 3 et 4 : REPELLOR *ab accusatione*, REPELLENDUS *sum ab accusatione*, et D, 34, 9, 5, *pr.* : *dicere* NON PERMITTITUR ; ULPIEN, D, 5, 2, 8, 1: *non* AUDIETUR ; ANTONIN CARACALLA, C, 3, 28, 6.

(7) PAPINIEN, D, 5, 2, 16, 1; et D, 44, 2, 29 ; VALERIEN et GALLIEN, C, 2, 30, 2.

(8) ULPIEN, D, 5, 3, 7, *pr.*, et 5, 2. 8, 8.

(9) ULPIEN, D, 5, 2, 8, 1. Rapprocher : *litem inofficiosi perferre*, PAPINIEN, D, 37, 7, 6 ; *litem inofficiosi testamenti ordinare*, PAPINIEN, D, 26, 2, 26, 2 : *de inofficioso disputare*, ULPIEN, D,5, 2,1, et plusieurs autres expressions analogues, notamment : *causa inofficiosi*.

appelait *querela* (1), *accusatio* (2) *actio inofficiosi testamenti* (3) l'attaque dirigée ainsi *in judicio* contre le testament par l'héritier présomptif, demandeur ou défendeur à la *petitio hereditatis* .Les expressions *actio inofficiosi*, *agere de inofficioso* (4) visaient seulement les conclusions orales de l'avocat du légitimaire. Le nom technique, celui qui figura, semble-t-il, d'abord dans l'*edictum perpetuum* des *praetor hastarius*, plus tard dans l'*edictum perpetuum* de Salvius Julianus, c'était : *dicere de inofficioso* (5), auquel correspondait : *in modum contradictionis* (6), quand l'héritier présomptif, en possession des biens héréditaires, jouait le rôle de défendeur. L'emploi des mots : *arguere inofficiosum testamentum* (7) doit enfin être relevé, en raison de leur saveur toute particulière. Lorsque les centumvirs considéraient la preuve comme fournie (8), ils le déclaraient par un second jugement d'avant dire droit, *pronuntiare testamentum inofficiosum esse* (9). Enfin, s'ils ne permettaient plus d'entamer une *quaestio* nouvelle, ce qu'ils faisaient seulement, s'ils le faisaient, dans des hypothèses tout à fait exceptionnelles, ils déclaraient *justum* le *sacramentum* du légitimaire, prononçant ainsi le jugement définitif ; la pétition d'hérédité triomphait ou échouait suivant le rôle rempli par ce dernier, attendu qu'en vertu du *color insaniae* (10) les jurés considéraient le testament comme nul, dans la mesure où cela était nécessaire, pour assurer à l'héritier présomptif exhérédé ou omis injustement sa part dans la succession. En résumé (11), l'institution de la *querela inofficiosi testamenti*, créée par la juris-

(1) TRYPHONINUS, D, 5, 2, 20, *pr.*; PAUL, *Sent.*, 4, 5, 9, et D, 45, 1, 132, *pr.*

(2) ULPIEN, D, 5, 2, 27, 3, entre beaucoup d'autres textes.

(3) PAPINIEN, D, 31, 76, *pr.*

(4) SCAEVOLA, D, 45, 1, 135, 4.

(5) MARCELLUS, D, 5, 2, 3 et 5.

(6) ULPIEN, D, 5, 2, 8, 13.

(7) PAUL, *Sent.*, 4, 5, 3.

(8) *Constare de inofficioso testamento*, SCAEVOLA, D, 32, 36.

(9) HERMOGENIEN, D, 12, 4, 2 : *Sed et si falsum testamentum sine scelere ejus qui dedit vel* INOFFICIOSUM PRONUNTIETUR. Rapprocher PLINE, *Ep.*, 5, 1 : *videtur, inquam, Curiane, mater tua justas habuisse causas irascendi tibi.*

(10) MARCIEN, D, 5, 2, 2.

(11) Notre exposé se sépare de celui de M. C. Chabrun, en ce que nous considérons la *querela inofficiosi testamenti* comme un incident de la pétition d'hérédité, au sens technique du mot, et non comme un simple moyen de preuve.

prudence,ne manquait pas d'une certaine gaucherie ; mais ce défaut, elle le rachetait et au delà par son intensité de vie et sa remarquable adaptation aux faits.

IV

Justinien au contraire, sans avoir la force d'esprit ou le temps nécessaire à la refonte complète de notre doctrine, voulut améliorer l'œuvre lentement élaborée par les centumvirs et, entraîné par sa manie de réglementation à outrance, il commit de graves erreurs, qui compromirent le succès de son œuvre.

Après comme avant Justinien, la *querela inofficiosi testamenti*, dont le domaine d'application se restreignit d'une façon notable, demeura : « un moyen pratique inventé par la jurisprudence, perfectionné par les constitutions (1) ».

La doctrine de l'empereur exposée au Code et qui reproduisait, à notre avis, dans ses traits essentiels, la doctrine classique, ne fut pas modifiée, après les innovations si importantes de la Nov. 115, innovations qui en accentuaient l'étrangeté (2). Le légitimaire privé injustement de toute sa légitime continua à intenter la *petitio hereditatis intestati ; nulla hereditatis petitione ex nomine de inofficioso constituta vel praeparata*, trouvons-nous dans une constitution de 531 C. 3, 28, 34 (3) *pr.* : *ad hereditatis petitionem admittendus est ex causa inofficiosi querelae contra emancipatum movendae*, disait de même Tryphoninus (4), dans un meilleur latin assurément. En vertu du *color insaniae*, le juge continua à reconnaître la nullité du *testamentum inofficiosum*, loin de le rescin-

(1) C. Chabrun, *op. laud*, p. 173.

(2) Ne pouvant exposer ici le droit de Justinien, nous nous bornons à renvoyer à P.-F Girard, *Manuel* (4) p. 863 et 864, et à E. Cuq, *Institutions juridiques*, t. 2, p. 849 et 850.

(3) Rapprocher le § 1 de la même Constitution : *et nisi praeparatio facta est ad inofficiosi querelam instituendam.* Cette comparaison entre le *principium* et le § 1 montre, d'une façon très nette à notre avis, quelle était la doctrine de l'empereur.

(4) D. 37, 4, 20, *pr., in. f.* Sans examiner à fond ce texte très important, notons que M. G. Hartmann, insiste sur ce que Tryphoninus avait écrit : *ex causa querelae movendae*, au génitif, et non pas *ad querelam movendam ;* il en tire argument en faveur de sa doctrine, d'après laquelle la *querela inofficiosi testamenti* constituait une action indépendante. Ce fragment s'accorde au contraire très bien avec notre système.

der ; cette nullité était du reste relative, en ce sens que tous les intéressés ne pouvaient l'opposer. Ainsi, le droit de Justinien conserva, au point de vue de la procédure, le principe de l'unité de législation, qu'il s'agît de *testamentum inofficiosum* ou au contraire de *testamentum injustum, ruptum, irritum* ; mais ce droit augmenta encore, dans une large mesure, les règles spéciales à la *querela inofficiosi testamenti*, au point de vue des conditions d'admissibilité et des effets, règles spéciales, dont l'existence s'expliquait par l'histoire même de cette institution. En outre, la Nov. 115, énumérant, bien à tort, d'une façon limitative les causes légitimes d'exhérédation, enjoignit au testateur d'indiquer celle sur laquelle il s'appuyait et imposa à l'héritier institué la charge de prouver, au besoin, l'exactitude des griefs allégués, rapprochant ainsi d'une façon encore plus étroite la *querela inofficiosi testamenti* de la *querela non numeratae pecuniae.*

V

Les jurisconsultes byzantins du VI^e^ siècle exposèrent d'une façon très ferme la doctrine du Digeste et du Code, en se plaçant dans le système de la procédure extraordinaire, depuis longtemps en usage. Ils séparèrent, avec la plus grande netteté, l'action en justice, qui était dans notre hypothèse la pétition d'hérédité, ἡ κληρονομιτάτις πετιτίων et le moyen que faisait valoir le demandeur, et ils déclarèrent que la *querela inofficiosi testamenti* n'était pas une action, ἀγωγή (1), mais un moyen à l'appui d'une action, αἰτία ἀγωγῆς (2). Ils traduisirent littéralement la remarquable expression employée par les jurisconsultes classiques : *movere querelam de inofficioso testamento* par :

(1) Notons que la première partie du *libellus de actionibus*, Αἱ ἀγωγαι, ne mentionnait pas la *querela inofficiosi testamenti* parmi les actions, pas plus sous la forme qu'elle reçut sous le règne d'Héraclius (610-641) que sous sa forme primitive antérieure à Justinien. Cf. G. E. HEIMBACH, *Observationum juris graeco-romani pars prima, scriptoris anonymi de actionibus librum ex tribus codd. mss continens*, 1830, p. 51, et C.-E. ZACHARIÆ VON LINGENTHAL, *De actionibus, ein Ueberbleibsel antejustinianischer Jurisprudenz* (*Zeitschrift der Sav. Stift, R. A.*,, t. 14, 1893, p. 88, sqq.). Au contraire, la *petitio hereditatis* était mentionnée au numéro 3 de l'édition de ZACHARIÆ.

(2) C'est seulement à titre tout à fait exceptionnel que l'on trouve l'expression : τὴν περὶ τῆς ἀκαθηκούσης διαθήκης ἀγωγὴν κινεῖν, *Basil.*, 39, 1, 54 (t. 4, p. 38).

κινεῖν τὴν δεϊνοφρικίοσο, τὴν δεϊνοφρικίοσο μέμψιν, la première locution étant même plus usitée que la seconde (1). Seulement, tandis que, dans la jurisprudence classique, la *querela* intervenait *in judicio*, après la procédure *in jure, querela inofficiosi testamenti movenda*, la μέμψις κατὰ τῆς διαθήκης (2) des jurisconsultes byzantins précédait, en principe, l'exercice de la pétition d'hérédité. On appelait ainsi, au sens propre, la plainte formulée par le légitimaire contre l'injustice du testament, *censura testamenti*, traduisent, très exactement, à notre avis, MM. C. Ferrini et J. Mercati (3). De même que le testateur devait déclarer expressément la cause d'exhérédation, de même que l'héritier institué était tenu de se prononcer dans un court délai sur le point de savoir s'il acceptait ou non la succession, il fallait que, dans les cinq ans à compter de l'adition d'hérédité, le légitimaire manifestât sa réprobation du testament, sa volonté de ne pas reconnaître comme fondé le grief allégué par le défunt. Cette plainte contre l'injustice du testament pouvait consister, elle aussi, comme la *querela non numeratae pecuniae*, « dans une protestation adressée à l'adversaire ou au magistrat (4) »; mais elle résultait implicitement de l'exercice de la pétition d'hérédité et elle pouvait s'opposer comme moyen de défense quand l'héritier institué prenait l'initiative et poursuivait l'héritier présomptif, qui se trouvait en possession de biens héréditaires.

(1) Il n'est pas douteux, du reste, que la première locution était une abréviation de la seconde. Renvoyons aux très intéressantes observations philologiques, dont M.G.-A. Gerhard a accompagné le texte des gloses grecques découvertes dans la bibliothèque de Heidelberg par M. O. Gradenwitz et par lui (*Philologus*, t. 62, 1903, p. 95 et sqq., spécialement pp. 108 et 109). M. G.-A. Gerhard a été frappé, comme nous l'avions été nous-même, par la différence de la terminologie des sources latines et des commentaires byzantins ; *querela, accusatio, actio, lis, judicium, quaestio, causa, res*, d'une part. μέμψις, de l'autre : κινεῖν au lieu de *movere, instituere, inferre, inducere, introducere, exercere, exsequi, persequi, experiri, contendere*. Cette variété surprenante des expressions latines employées dans notre matière s'explique du reste aisément, si on admet, avec nous, que la *querela* était un incident de la procédure *in judicio*, domaine des rhéteurs.

(2) Cf. sur le sens de *querela* et de μέμψις le *Corpus glossariorum latinorum*, spécialement t. 2, 1888, p. 166, 59, et t. 7, fasc. 1, *Thesaurus glossarum emendatarum*, de G. Goetz, 1901, p. 170, et fasc. 2, *Index graeco-latinus*, de G. Heræus, 1903, p. 579. Ces deux mots sont considérés comme synonymes de *accusatio*.

(3) *Editionis Basilicorum Heimbachianae supplementum alterum*, 1897, *Index*, *lib.* 39, titre 1, p. 7.

(4) P.-F. Girard, *Manuel* (4), p. 502.

Si les textes justifient, nous allons le voir, cette terminologie, nous pouvons écarter une objection adressée par M. Eisele à notre doctrine. Dans sa remarquable étude, cet auteur reconnait que dans le droit de Justinien la *querela* constituait seulement, en principe, un moyen à l'appui de la pétition d'hérédité ordinaire (1); mais il prétend qu'il y avait une hypothèse où, même au VI^e^ siècle, la *querela inofficiosi testamenti* ne pouvait être autre chose qu'une action indépendante, tendant à la rescision du testament, celle où l'héritier institué faisait adition mais ne prenait pas possession des biens héréditaires ; car, si une pétition d'hérédité ne se conçoit pas contre quelqu'un qui ne possède pas, le légitimaire ne pouvait cependant se laisser forclore par l'expiration du délai de cinq ans et, comme on le sait, ce délai courait à compter de l'addition.

Nous répondons que la *praescriptio quinquennii* ne s'opposait pas au légitimaire, quand on n'avait à lui reprocher aucune négligence (2), que la *contestatio* suffisait, sans aucun doute, pour interrompre le délai, ici comme en matière de *querela non numeratae pecuniae*, que l'héritier présomptif enfin n'avait qu'à se mettre lui-même en possession (3)

Après cette vue d'ensemble, exposons la doctrine des principaux jurisconsultes byzantins du VI^e^ siècle, en les groupant d'après l'ordre historique, Théophile et Thalélée d'abord, Etienne ensuite, l'Anonyme et Théodore d'Hermopolis enfin.

(1) M. Eisele croit que Justinien fondit en une seule les deux *querelae*, dont il admet l'existence à l'époque classique. L'empereur aurait emprunté sa procédure et son nom à la *querela* centumvirale, tout en conservant les règles de la *querela* proprement dite, celle qui s'exerçait au moyen d'une *cognitio extra ordinem*. M. Eisele reconnaît, p. 305, n. 1, qu'il y a là quelque chose de surprenant; mais il répond que Justinien employa la même méthode, à propos des sénatus-consultes Pégasien et Trébellien, d'une part de l'*actio rei uxoriae* et de l'*actio ex stipulatu*, d'autre part. Nous nous permettrons d'objecter que l'empereur se vantait de sa réforme dans les deux hypothèses indiquées et qu'il se taisait dans la nôtre, renvoyant, au surplus, à l'étude de M. Eisele, dont nous ne pouvons ici exposer la doctrine d'une façon suffisante.

(2) VALERIEN et GALLIEN, C. 3, 28, 16 et plusieurs autres textes.

(3) On trouvera un exposé très bref mais exact de la doctrine des jurisconsultes byzantins dans Franz SCHROEDER, *Das Notherbenrecht*, 1877, § 47, p. 397, note 3.

VI

Si on ne pouvait attendre de l'auteur de la Paraphrase des Institutes (1), Théophile, selon l'opinion générale, des développements étendus sur la nature de la *querela inofficiosi testamenti*, son témoignage présente cependant un réel intérêt dans notre enquête. Le texte commenté par lui, suivant l'exemple du livre 4 des *Institutiones* de Marcien et peut-être d'autres livres élémentaires, plaçait au livre 2 le titre : *de inofficioso testamento*, immédiatement après le titre : *quibus modis testamenta infirmantur*, sans s'occuper de l'ordre de l'*edictum perpetuum* ; mais, sous l'influence de ce dernier, il portait la même rubrique que les titres du Digeste et du Code. Cette circonstance permit à l'auteur de la Paraphrase de donner une traduction grecque de cette rubrique : περὶ ἀτάκτου διαθήκης (2). En outre, la comparaison de la terminologie des Institutes et de celle de la Paraphrase fournit des résultats critiques d'une réelle valeur. Dans le tit. 18, les rédacteurs avaient suivi de très près les jurisconsultes classiques, dont on reconnaît la langue, sauf dans les passages où il s'agissait d'innovations de Justinien. Si, dans ce titre fort court, on trouve, par la force des choses, moins de synonymes que dans le titre correspondant du Digeste, il y en a cependant quelques uns et le ton général éveille encore ici l'idée d'une œuvre de rhéteur plutôt que de jurisconsulte. *Agere de inofficioso testamento, queri aut inique se exheredatos aut inique praeteritos, accusare testamentum inofficiosum*, on emploie ces expressions l'une pour l'autre, le plus souvent la première, à la vérité ; *dicere de inofficioso* et *arguere inofficiosum testamentum* font défaut. Au point de vue de notre controverse, le § 2 donne du reste, à notre avis, une indication précieuse, quand il accentue le rapprochement entre notre moyen et les autres et dit que dans tous les cas le légitimaire : *venit ad hereditatem*.

Rencontrant presque à chaque ligne : *agere de inofficioso testa-*

(1) *Institutionum graeca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa recensuit* E.-C. Ferrini, 1883 et 1897, t. I, p. 196 sqq.

(2) Au moins trouve-t-on cette traduction dans un des manuscrits. Voyez la page 196, n. 7, de l'édition Ferrini et l'édition Reitz.

mento, Théophile se garda bien d'employer les mots : ἄγειν, ἀγωγή (1) ; il savait que la *querela inofficiosi testamenti* n'était pas une action ; sa terminologie ne diffère donc pas de celle de ses contemporains, et comme eux, il parle seulement de ἡ *de inofficioso* (2), ἡ ἐκ τῆς *de inofficioso* μέμψις, κινεῖν τὴν *de inofficioso*. Traduisant les mots du *pr.* : *qui queruntur aut inique se exheredatos aut inique praeteritos*, notre jurisconsulte se souvient de l'expression : *dicere de inofficioso* de l'*edictum perpetuum* et, amplifiant quelque peu il dit : τοῖς παισιν . . μεμφομεμηνοις και λέγουσιν ἀδίκως, ἑαυτοὺς exheredatus γενέσθαι ἤγουν praeteriteuθῆναι (3). Signalons encore βοήθεια (4) qui fait songer au mot *remedium* employé à notre titre au Digeste. Terminons enfin en notant que si la Paraphrase mentionne fidèlement la *petitio hereditatis* parmi les actions de bonne foi, on n'y trouve, pas plus qu'aux Institutes, la moindre allusion à une prétendue action *de inofficioso testamento* (5) et cependant les commissaires de Justinien mettaient une visible coquetterie à dresser un catalogue complet (6).

Etudions maintenant Thalélée, qui fut peut-être le meilleur jurisconsulte byzantin et dont le commentaire sur le Code passa, en

(1) Au VI^e^ siècle de l'ère chrétienne, le mot ἀγωγή désignait l'action en justice. Théophile, dans sa paraphrase sur le *principium*, au titre *de Actionibus*, 4, 6, t. 2, p. 414, dit : εἴπωμεν περὶ τῶν ἀγωγῶν ; c'est là la langue de son temps, mais il ajoute, et l'observation est importante : ὀφείλεις δὲ εἰδέναι ὅτι ἃς δίκας ἐκάλουν οἱ Ἀθηναῖοι, ταύτας actionas λέγουσιν οἱ Ρωμαῖοι.

(2) Assurément, quand Théophile emploie l'expression ἡ *in factum* et d'autres analogues il faut sous entendre ἀγωγή; mais ici il n'en est pas de même; ἡ *de inofficioso* veut dire, cela n'est pas douteux, ἡ μέμψις *de inofficioso*.

(3) T. 1, p. 197.

(4) Ce même mot βοήθεια se trouve également dans la Paraphrase de Inst., 2, 13, 7, t. 1, p. 175, comme traduction du terme *adminiculum*, très significatif, lui aussi.

(5) Les scolies du VI^e^ siècle sur la Paraphrase des Institutes usent de la même terminologie que cette dernière. Voyez la scolie sur 2, 18, 2..... τότε κινοῦσι τὴν *de inofficioso*, C. FERRINI, *Scolii inediti allo Pseudo-Thefilo contenuti nel manoscritto gr. Par.* 1364 (*memoria letta al R. Ist. Lomb. di Sc. e Lett., nella seduta del* 25 *nov.* 1886, p. 21).

(6) Rapprochons de la Paraphrase de Théophile les κάνονες τῶν Ινστιτούτων, *regulae Institutionum*, œuvre d'un jurisconsulte inconnu que ZACHARIÆ VON LINGENTHAL croit contemporain de Justinien (Ἀνέκδοτα, p. 170 sqq.). Au numéro 17 de la seconde partie, cet auteur dit lui aussi : ὁ δυνάμενος ἀλλαχόθεν βοηθεῖσθαι οὐ κινεῖ *de inofficioso*.

règle générale, dans le texte des passages des Basiliques, correspondant à cette partie de l'œuvre de Justinien.

Au point de vue de la terminologie, bornons-nous à noter que Thalélée rencontrant l'expression : *actio inofficiosi* dans le titre 28 du livre 3 au Code se garda bien de traduire *actio* par ἀγωγή. La comparaison de la constitution d'Alexandre Sévère C. 3, 28, 12 et de Basil. 39, 1, 41, (1) présente, à cet égard, un réel intérêt. Tandis que l'empereur du IIIe siècle visant, à notre avis, les conclusions orales formulées au début du *judicium* disait : *calumniosam inofficiosi actionem adversus justum judicium testatoris instituere non debetis*, le jurisconsulte byzantin du VIe s'exprimait de la façon suivante : διὰ τοῦτο ἀρνεῖται αὐτὴ τὴν κατὰ τῆς διαθήκης μέμψιν

Au point de vue du fond, Thalélée raisonnait toujours en partant de cette idée, que le légitimaire disposait seulement de la pétition d'hérédité ordinaire, en vue de donner une sanction judiciaire à sa κατὰ της διαθήκης μέμψις. Il n'hésitait pas à interpréter de cette façon une constitution de Sévère et Antonin Caracalla. Si ces empereurs (C. 3, 31, 3) opposaient déjà nettement la *vindicatio hereditatis* fondée sur le caractère inique du testament, *testamentum inofficiosum* à la *vindicatio hereditatis* reposant sur d'autres moyens, notre jurisconsulte exprimait la même idée avec une clarté au moins égale (2). Enfin, une constitution de Valérien et Gallien, C. 3, 28, 16, lui fournissait l'occasion de faire connaître sa pensée par la modification évidente qu'il apportait au texte. Tandis en effet que C. 3, 28, 16, parlait de : *majores viginti quinque annorum* DUPLICEM *actionem inferentes*, visant ainsi des conclusions doubles, les unes principales, les autres subsidiaires, mais formulées au même moment, Thalélée supposait que l'héritier présomptif avait commencé par attaquer le testament comme nul, *testamentum non jure perfectum*, puis qu'ayant été battu, et seulement alors, il se servait de la *querela inofficiosi testamenti* (3) ; il considérait donc, à tort sans aucun doute, C. 3, 28, 16 comme prévoyant la même hypothèse que C. 3, 31, 3 ; mais, c'est qu'il ne concevait pas, que l'on put intenter en même temps deux pétitions d'hérédité ordinaires, ayant le même objet et dirigées contre la même personne.

(1) HEIMBACH, t. 4, p. 33.

(2) *Basil.*, 42, 1, 61, SCO., 1 (t, 4, p. 239).

(3) *Basil.*, 39, 1, 44, (t, 4, p. 34 et 35)

VII

Si maintenant nous arrivons à la paraphrase très étendue d'Etienne sur le Digeste (1), nous nous trouverons en présence d'une doctrine, exposée avec beaucoup d'insistance, par un professeur soucieux de donner à chaque terme technique son sens précis.

Avant de commenter le premier fragment du titre : *de inofficioso testamento* (2) au Digente, Etienne, dans une introduction, donnait une vue d'ensemble du sujet. Ce titre, disait-il, accorde une action, ἀγωγή aux enfants exhérédés ou omis sans motifs et il ajoutait que cette action, c'était la pétition d'hérédité : ἔστι δὲ αὐτὴ ἡ νεφελιτάτις πετιτίων δεϊνοφφικιοσο; à côté de l'action, il nommait immédiatement la *querela inofficiosi testamenti* : δεϊνοφφικίοσο δὲ ἐστι μέμψις κατὰ διαθήκης, montrant ainsi que cette dernière ne devait pas être confondue avec une action. Puis, après avoir expliqué l'origine de l'institution, notre jurisconsulte revenait sur la nature de la *querela* et relevait avec soin qu'il s'était servi du mot μέμψις et non du mot ἀγωγή ; c'est que, en effet, disait-il, ce n'est pas une action mais la cause d'une action, la pétition d'hérédité : οὐ γάρ ἐστιν ἀγωγή, ἀλλ'αἰτία τῆς ἀγωγῆς ἤ·οι τῆς νεφελιτάτις πετιτίονος, et il s'appuyait sur D. 5, 2, 20, et sur D. 5, 3, 5, 2 (3). Restait l'expression *actio inofficiosi* ; en vue d'écarter cet argument, Etienne répondait, que l'on trouvait bien dans les textes : *actio certae creditae pecuniae* et que cependant il n'y avait pas là

(1) Ὁ Ἰνδιξ; sur cet ouvrage et sur les παράγραφαι du même auteur, voyez notamment C.-E. ZACHARIÆ VON LINGENTHAL, *Delineatio*, § 15 δ et γ et § 17, n° 6; *Geschichte*, p. 6; *Aus und zu den Quellen des römischen Rechts* (*Zeitschr. der Sav. Stift.*, R. A., 1889, t. 10, p. 252 sqq.) ; voyez aussi C. FERRINI, *Bulett. dell' Istit. di diritto romano*, t. 3, 1890, p. 61 sqq. Comme le dit C.-G.-E. HEIMBACH, *Prolegomena Basilicorum*, 1870, t.6, p.14 : *Magna Stephani laus tam apud aequales quam apud posteros fuit.*

(2) *Basil.*, 39, 1 (t. 4, p. 1 et 2).

(3) Ce dernier fragment est ainsi concu : *eorum judiciorum, quae de hereditatis petitione sunt, ea auctoritas est, ut nihil in praejudicium ejus judicii fieri debeat.* Il ne paraît guère douteux qu'Ulpien avait écrit : *centumviralis judicii ea auctoritas est....* et que nous nous trouvons ici en présence d'une interpolation ; mais la façon dont Etienne comprend le texte est significative. Il y a, dit-il, plusieurs moyens que l'on peut faire valoir à l'appui de la pétition d'hérédité : τουτέστιν, ἐκ πολλῶν καὶ διαφόρων αἰτιῶν κινεῖσθαι δυναμένης τῆς νεφελιτάτις πετιτίονος. Appelons l'attention sur le mot αἰτία, c'est le terme même dont se sert la novelle 115, ch. 4, quand elle énumère les causes d'ingratitude.

une action distincte, mais que l'on employait cette expression, quand l'action, la *condictio* avait sa source dans une *numeratio pecuniae*. Erreur grossière, dit M. Eisele (1). Pour l'époque classique, cela ne nous paraîtrait pas douteux ; mais les scoliastes du VI^e^ siècle exposaient le droit de Justinien et seulement le droit de Justinien. Or, si dans la langue classique le nom technique de l'action ayant pour objet une *pecunia certa* c'était *actio certae creditae pecuniae*, les compilateurs, tout en laissant par inadvertance subsister ces mots dans plusieurs passages de leur œuvre, montrèrent encore ici leur prédilection pour le terme *condictio* et substituèrent une terminologie nouvelle à la terminologie ancienne (2). Quelle que soit, au surplus, l'exactitude de l'argument d'analogie employé par Etienne, sa pensée ne saurait être douteuse, puisqu'il l'exprime trois fois en quelques lignes et qu'il se proposait précisément de définir la *querela inofficiosi testamenti*, comme il le dit à la fin de son introduction, avant de passer à l'explication du fragment 1.

De l'introduction du tit. 1 du liv. 39 il convient de rapprocher celle du tit. 1 du liv. 42, consacré à la pétition d'hérédité (3). Bien qu'ayant changé l'ordre des titres, les compilateurs des Basiliques reproduisirent le début de l'exposé d'Etienne ; celui-ci, comme transition, rappelait à ses élèves, que, *dans le titre précédent*, il s'était occupé de la pétition d'hérédité, en tant qu'elle avait sa source dans le caractère inique du testament et qu'il abordait maintenant la théorie générale de cette action : Ἐν τῷ παρελθόντι τίτλῳ περὶ τῆς νεριδιτάτις πετιτίονος εἰπόντες, ἣν καὶ μία μόνη πέφυκε τίκτειν αἰτία, τὸ ἀκαθηκόντως γενέσθαι τὴν διαθήκην εἴπωμεν ἐντεῦθεν, γενικῶς περὶ πάσης νεριδιτάτις πετιτίονος ..... Dans son explication de la loi 7 de ce même titre : *de hereditatis petitione* au Dig., Etienne (4) rapprochait l'un de l'autre le *testamentum irritum* et le *testamentum inofficiosum* ; il répétait une fois de plus que le seul procédé permettant de faire valoir la *querela inofficiosi testamenti* consistait à exercer la *petitio hereditatis* et il en tirait cette conclusion que celui qui possédait l'hérédité ne pouvait pas prendre l'initiative

(1) *Op. laud.* p. 303.

(2) J. von KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Die condictio als Bereicherungsklage im klassichen römischen Recht*, t. 2, 1907, p. 42.

(3) HEIMBACH, t. 4, p. 184.

(4) *Basil.*, 42, 1, 7, SCOLIE, 1 (t. 4, p. 188 et 189).

et poursuivre l'héritier institué: καὶ διὰ τοῦτο γὰρ οὔτε δύναταί τις τὴν δεινοφφικιόσο κινεῖν. ἐφ' ὅσον ἐν νομῇ τῶν κληρονομιαίων ἐστίν.

Nous devons reconnaître néanmoins, avec M. Eisele (1), qu'Etienne, dont la doctrine est si ferme, se met en contradiction avec lui-même dans la scolie 7 sur *Basil.* 39, 1, 25, 4 (2). Cette scolie était empruntée à son commentaire sur un fragment d'Ulpien, D, 5, 2, 29, 4 : *In ea provincia de inofficioso testamento agi oportet, in qua scripti heredes domicilium habent.* Le professeur byzantin se demandait, comment il convenait de concilier cette disposition précise avec une autre règle, introduite par la législation du Bas-Empire (3), règle en vertu de laquelle le demandeur pouvait choisir, en matière réelle immobilière, entre le tribunal du défendeur, *forum rei* et celui de la situation de l'immeuble, *forum rei sitae.* Comment comprendre, que le Digeste, au titre : *de inofficioso testamento,* ne mentionnât pas cette faculté et imposât au légitimaire l'obligation de s'adresser au juge de l'héritier institué ?

A notre avis, cela s'expliquait par le caractère d'*actio mixta personalis* attribué à la pétition d'hérédité (4), ce qui voulait dire qu'elle servait à sanctionner aussi bien les droits de créance que les droits réels, faisant partie de la succession (5). De cette particularité de notre action, qui se rattachait elle-même à sa nature d'*actio generalis,* d'*actio de universitate,* les empereurs Dioclétien et Maximien avaient tiré cette conclusion, que la *praescriptio longi temporis* ne pouvait pas être opposée avec succès au demandeur (6). Pour le même motif, l'innovation du Bas-Empire relative à la compétence se limita d'abord, croyons-nous, à l'*actio in rem specialis.* Justinien semble, au contraire, avoir étendu cette innovation à la pétition d'hé-

(1) *Op. laud.*, p. 306.

(2) Heimbach, t., 4, p. 28.

(3) Gratien, Valentinien et Theodose (385), C, 3, 19, 3. Cf. v. Bethmann-Hollweg, *der römische Civilprozess*, t. 2, 1865, § 72, n. 24-26, p. 117 et 118.

(4) Diocletien et Maximien (294), C, 3, 31, 7, *pr.*

(5) Cf. *Basil* 42, 1, 36, *pr.*, scolie 2, empruntée au commentaire d'Etienne (t. 4, p. 226), Voyez aussi C. Longo, « *Natura actionis* », *nelle Fonti bizantine,* (*Bul. dell' Istit. di dir. rom.*, t. 17, 1905, p. 38).

(6) J. Partsch, *Die longi temporis praescriptio im klassischen römischen Recht*, 1906, p. 81, n. 5, p. 137, n. 4, p. 151, n. 1.

rédité, en modifiant une constitution de Valérien et Gallien (1) et c'est bien ainsi que l'entendirent les commentateurs (2).

Le fragment d'Ulpien ne concordait donc plus avec le droit du VI[e] siècle et les commissaires du Digeste auraient dû le modifier. Comme ils ne le firent pas, Etienne rencontrant le texte d'Ulpien au titre : *de inofficioso testamento* et non pas au titre : *de petitione hereditatis* chercha une raison spéciale à l'hypothèse de la *querela inofficiosi testamenti* et, n'en trouvant pas de bonne, il en donna une mauvaise. Comment, dit-il, pourrait-on intenter déjà une *actio in rem*, puisque le testament demeure valable, tant qu'il n'a pas été rescindé (3) ? C'était ne pas tenir compte du *color insaniae* et infliger un démenti à ses propres affirmations, plusieurs fois répétées.

Quoiqu'il en soit, cet unique passage de l'abondant commentaire d'Etienne ne saurait jeter de doute sur sa pensée réelle; celle-ci se montre en toute occasion (4) et c'est surtout son œuvre qui nous a fourni les éléments de la définition de la μέμψις κατὰ τῆς διαθήκης, d'après les jurisconsultes byzantins du VI[e] siècle (5).

VIII

Pour achever la revue des opinions de ces derniers sur notre question, il nous reste à parler de l'Anonyme, de Cyrille et d'Athanase d'Emèse d'une part, de Théodore d'Hermopolis, élève d'Etienne, de l'autre et enfin, des gloses récemment découvertes dans la bibliothèque d'Heidelberg.

En ce qui concerne l'Anonyme, dont le commentaire sur le Digeste constitua, en règle générale, le texte des passages correspondants des Basiliques, M. Eisele a déjà attiré l'attention sur les modifica-

(1) C, 3, 20, 1 (260). Voyez les notes 13 et 14 de l'édition Mommsen-Krueger. *Cf.*, C, 8, 1, 2.

(2) *Basil.*, 7, 5, 83, (t. 1, p. 283).

(3) *Cf.* du même Etienne *Basil.*, 42, 1, 7 sco. 3 à 6 : ἔστι δε ἰν ρέμ ἡ νερεδιτατις πετιτίων καὶ ἡ δεϊνοφφιχίοσο.

(4) *Basil.*, 39, 1, 3, Scolie, 1 (t. 4, p.3) ; 6, § 2, Scolie, 5, (p. 7) et Scolie, 6 (p. 8) ; 14, Scolie, 1 (p. 20).

(5) *Basil.*, 39, 1, 8, §§ 12 et 13 (p. 16 et 17) ; 37, Scolie, 1 (p. 32). Comme Etienne n'avait commenté qu'une partie du Digeste, nous ne possédons pas son interprétation de certains textes importants, et, en particulier, de Tryphoninus, D, 37, 4, 20, *pr.*, *in f.*

tions apportées par lui à la terminologie des jurisconsultes classiques. Il est certain, que si la *querela inofficiosi testamenti* constituait seulement un incident de la procédure *in judicio*, comme nous le pensons, la traduction exacte devenait impossible, Aussi, tandis qu'Ulpien D. 5, 2, 8, 1, disait : *post rem inofficiosi ordinatam*, l'Anonyme écrivait : μετὰ προκόταξιν, *post litis contestationem* (1); mais il s'agissait là, à notre avis, de la pétition d'hérédité. Ajoutons, que le même jurisconsulte trouvant dans Papinien D. 5, 12, 15, 1 : *actio inofficiosi* traduisait : κατὰ τῆς διαθήκης μέμψις (2). Enfin, commentant Ulpien D. 5,3, 7, pr., il montrait qu'il considérait comme synonymes ἡ κατὰ τῆς διαθήκης μεμψις et νεφεδιτάτις πετιτίων : ἵνα μὴ πρόκριμα γένηται τῇ κληρονομίᾳ (3)

Cyrille, dans une scolie sur le même passage, disait encore plus nettement : ἵνα μὴ πρόκριμα γένηται τῇ νεφεδιτάτις πετιτίονι (4) ; une ligne auparavant, supposant le fils exhérédé en possession des biens héréditaires, il s'exprimait de la façon suivante : κωλῶς ὑποδέκεται τὸν δεϊνοφφικίοσο ὡς ἐν παραγραφῇ

A propos d'Athanase d'Emèse (5), bornons-nous à relever qu'il se servait lui aussi, de l'expression ἡ *de inofficioso*, par abréviation de ἡ μέμψις et non pas de ἡ ἀγωγή.

Théodore, d'Hermopolis dans la Thébaïde, un peu plus moderne que les précédents, appartenait encore au VI^e^ siècle, puisque son Συντομος κῶδιξ et son Σύντομος τῶν νεαρῶν (6) parurent sous le règne de Maurice, 582-602.

Commentateur du Code, à l'exemple de Thalélée, il interprétait,

(1) *Basil.*, 39, 1, 8, § 1 (t. 4, p. 10).

(2) *Basil.*, 39, 1, 12 (t. 4, p. 19).

(3) *Basil.*, 42, 1, 7, p. 188. Voyez également *Basil.*, 39, 1, 8, 13, p. 16. 17 ; 42. 1, 5 (. 4, p. 186 et 187); 42, 1, 47 (p. 231); 60, 42, 22 et 24 (5, p. 811); 60, 42, 5 (5, p. 803). L'Anonyme ne traduit pas par μέμψις la *querela de non iure facto nec signato testamento* de Modestin, D, 5, 3, 47 et cela prouve que sa conception de la μέμψις κατὰ τῆς διαθήκης se confondait avec celle d'Etienne ; il ne pouvait en effet s'agir, dans ce cas, de *censura testamenti*.

(4) Basil. 42. t. 1, 7 (4. p. 190).

(5) G.-E. Heimbach, Ἀνέκδοτα, 1838, t. I, p. 98, Novelles de Justinien, tit. 9, const. 2.

(6) Ce second ouvrage constitue un excellent résumé des Novelles; Zachariæ von Lingenthal le découvrit, on le sait, dans un couvent du Mont-Athos; au point de vue qui nous occupe, il est moins utile que le premier, Bornons-nous à renvoyer à la Nov. 18 ch. 1, 2, 3 et à la Nov. 115, ch. 3-11 (C.-E. Zachariæ von Lingenthal, Ἀνέκδοτα, 1843, p. 28 ssq., p. 109 ssq).

de la même façon que lui, les constitutions citées plus haut. Bornons-nous à citer, en raison de son caractère particulièrement probant, un passage du premier de ses ouvrages. Dans une scolie sur C, 3, 31,3, Basil. 42,1, 61,t.(4. p. 239), il disait que la pétition d'hérédité pouvait être intentée plusieurs fois, en se fondant sur des moyens différents et parmi eux il citait la μέμψις διϊνοφρικίτου. Comme Thalélée, il voyait dans C. 3, 28, 16, une application de C. 3, 31, 3, opinion certainement inexacte.

Un mot enfin sur la feuille de papyrus, découverte au mois d'août 1902 par MM. O. Gradenwitz et G.-A. Gerhard dans la bibliothèque grand ducale d'Heidelberg (1) et qui reproduit, sur une face, des fragments de Paul, D. 5, 2, 17, 18, 19, et, sur l'autre, des gloses écrites en grec sur ces passages. Ces gloses paraissent être du VI^e^ siècle à M. O. Gradenwitz, qui, bien que se livrant à un examen sommaire (2) fait, à notre avis, deux observations importantes. Il relève d'abord dans la glose I^b^ la mention du *color insaniae*, de telle sorte que cet argument, donné jadis à l'appui de la jurisprudence centumvirale, continua, pendant des siècles à maintenir à l'institution son caractère primitif. La seconde remarque de M. Gradenwitz porte sur la terminologie de nos gloses, qui parlent, dit-il, non pas de μέμψις comme le font les jurisconsultes byzantins contemporains de Justinien, mais de δίκη

Sur ce dernier point, nous serions tenté de faire quelques réserves, attendu que dans la glosse III les mots : κινων τὴν *de inofficioso* sont précisément ceux qu'employaient le plus souvent les auteurs des commentaires sur le Digeste et sur le Code et qu'ici encore il faut, selon toutes les vraisemblances, sous-entendre μέμψιν et non δίκην ou ἀγωγήν. Quant à la glose II qui contient ce terme ἡ δίκη (3), la lecture en est bien incomplète et il est prudent, croyons-nous, de ne pas se prononcer.

(1) *Zeitschr. der Sav. Stift, R.A.*, 1902, p. 458 et suiv. et *Philologus*, t. 62, 1903, p. 95 et suivantes.

(2) Nous visions seulement le premier travail de M. Gradenwitz; on trouvera dans le *Philologus* des développements nouveaux et fort importants,

(3) M. G.-A. Gerhard, *Philologus*, p. 110, signale du reste l'opposition très nette de δίκη, *lis* et de μέμψις, *querela* dans les sources du VI^e^ siècle. Cependant, attendu que Tryphoninus, D, 5, 2, 22, 3, employait les mots : *instituere litem de inofficioso testamento* comme synonymes de : *movere querelam inofficiosi testamenti*, les jurisconsultes byzantins purent exceptionnellement dire, eux aussi, δίκη, au lieu de μέμψις.

IX

Après nous être arrêté quelque peu longuement sur les auteurs du VI^e^ siècle, en raison de leur valeur doctrinale et de la nature même de notre sujet, nous ne pouvons être que très bref sur la suite de l'histoire de la jurisprudence byzantine, nous bornant à renvoyer au lumineux exposé de Zachariae (1).

C'est ainsi que nous pouvons négliger, l'Ἐκλόγη (2) promulguée aux environs de l'an 740 par Léon l'Isaurien et Constantin Copronyme et arriver immédiatement à la renaissance du IX^e^ siècle, à laquelle restent attachés les noms de Basile le Macédonien et de Léon Le Sage (3).

La législation de Justinien triompha de nouveau (4) sous la forme, que lui avaient donnée les jurisconsultes grecs du VI^e^ siècle et de grands efforts furent tentés, en vue d'en répandre la connaissance et d'en faciliter l'application, dans la mesure où elle se trouvait encore en harmonie avec l'état social.

Afin d'atteindre le premier but, les empereurs Basile, Constantin et Léon firent rédiger un manuel, qui eut un grand succès et exerça une notable influence sur les destinées du droit gréco-romain, ὁ πρόχειρος νόμος (5).

Dans ce manuel, apparaît pour la première fois, à notre connaissance, la confusion entre la légitime et la Falcidie. Tandis que

(1) Le *libellus de actionibus*, Αἱ ἀγωγαί, dont nous avons parlé plus haut, remonte, sous sa forme définitive, nous l'avons dit, au règne d'Héraclius (610-641).

(2) Ἐκλόγη τῶν νόμων παρὰ Λέοντος καὶ Κωνσταντίνου, éd. C.-E. Zachariæ von Lingenthal, *Collectio librorum juris graeco-romani ineditorum*, 1852, tit. 5, p. 26 et suiv. *Cf.* Zachariæ von Lingenthal, *Geschichte*, § 42, p. 171, dont les observations sur les défauts de la législation de Justinien et sur les réformes de Léon l'Isaurien nous paraissent tout à fait remarquables. Voyez également Siciliano Villanueva *op. laud.*, p. 38.

(3) H. Monnier, Ch.-E. *Zachariæ von Lingenthal*, *Nouv. Rev. histor.*, 1895, p. 668 : « L'empire d'Orient a vu de belles renaissances juridiques.»

(4) Ce triomphe fut dû à la tradition et à la supériorité technique de l'œuvre de Justinien ; mais l'orthodoxie de cet empereur entra également en ligne de compte. Il s'agissait d'abroger la législation d'un empereur iconoclaste. Voyez le *proœmium* du *Prochiron*, dont nous allons parler, § 2, p. 9.

(5) Ed. C.-E. Zachariæ von Lingenthal, 1837.

*l*a Nov. 133 ch. 38 de Justinien, prévoyant l'hypothèse où le moine mourait sans avoir fait le partage de ses biens entre ses enfants, attribuait à ces derniers leur légitime : τὸ μὲν νόμιμον μέρος οἱ παῖδες λήψονται, réservant au monastère le surplus du patrimoine du défunt, le *Prochiron* tit. 24 ch. 3, donnait la même solution, mais en parlant de τὸν φαλκιδιον (1). C'était également au titre 32 : περὶ φαλκιδιου (2), que le manuel, à la fin du ch. 4, visait la législation de Justinien sur les causes d'ingratitude, αἱ τῆς ἀχαριστίας αἰτίαι; le titre 33 portait la rubrique : περὶ ἀποκλήρων.

Bornons-nous à ajouter, que dans la seconde édition de notre manuel, faite probablement entre 884 et 886, Ἐπαναγωγὴ τοῦ νόμου (3), on trouve un titre 34, περὶ φαλκιδιου καὶ ἀποκλήρων (4).

X

Quant aux Basiliques de Léon le Sage, nous avons déjà parlé de cette vaste compilation des œuvres des jurisconsultes du VI^e^ siècle. Les rédacteurs choisirent pour la rubrique du titre 1 du livre 39 : περὶ μέμψεως διαθήκης et non pas : περὶ ἀκκθηκούσης διαθήκης. L'importance considérable de la μέμψις κατὰ τῆς διαθήκης dans la doctrine explique aisément leur choix. A la différence du Digeste et du Code, qui suivaient l'ordre de l'*edictum perpetuum*, les Basiliques rapprochèrent notre institution des autres moyens, que l'on pouvait faire valoir à l'appui de la pétition d'hérédité ab intestat, suivant en cela l'exemple des Institutes. Le titre 2 du livre 39 porte la rubrique : περὶ παρανόμου καὶ ῥηγνυμένης καὶ ἀκύρου διαθήκης, *de injusto, et rupto et irrito testamento.*

Rattachons aux Basiliques, un abrégé qui parut au milieu du X^e^ sicle et dans lequel l'auteur distribuait les matières par ordre alphabétique, la *Synopsis Basilicorum major* Ἐκλογὴ καὶ σύνοψις τῶν βασι-

(1) P. 134. *Cf.* A. Ferradou, *op. laud*, p. 134. Sur cette confusion entre la νόμιμος μοῖρα et le φαλκίδιος voyez également le *Prochiron*, tit. 22 et Siciliano Villanueva, *op. laud.*, p. 72.

(2) P. 168.

(3) C.-E. Zachariae von Lingenthal, *Collectio librorum juris graeco-romani inedito-rum*, p. 55 et suiv.

(4) P. 181.

λικῶν ἑξήκοντα βιβλίων (1) .....A la lettre ϡ le tit. 18 portait la rubrique : περὶ διαθήκης παρανόμου καὶ ἀκύρου καὶ ῥηγνυμένης et une scolie sur le § 1 de ce titre, note b, employait la terminologie, que nous avons déjà signalée : Ἀκατήκουσαν ποιεῖ διαθήκην ἡ μέμψις τῆς διαθήκης (2).

XI

Avec l'avènement au trône de Constantin Monomaque en 1042, commença une nouvelle renaissance juridique, que favorisa la fondation ou plûtot le rétablissement de l'Ecole de droit de Constantinople ; ce fut, grâce à cette nouvelle renaissance, que nous avons conservé une partie des œuvres des jurisconsultes du VI^e^ siècle, dont les manuscrits furent copiés avec zèle.

A cette renaissance du XI^e^ siècle, qui se prolongea pendant le XII^e^, rattachons, d'une part la πεῖρα (3), d'autre part les scolies modernes sur les Basiliques, νέαι παραγραφαι, par opposition aux extraits des jurisconsultes du VI^e^ siècle, τὰ παλαιὰ, παραγραφαὶ τῶν παλαιῶν (4). Parmi ces scoliastes modernes, qui furent nombreux, bornons-nous à mentionner Calocyre, Καλόκυρος Σέξτος (5), qui vivait sous Constantin Ducas (1059–1067), parce que, relativement à notre sujet, on a conservé un assez grand nombre de ses gloses.

Voyons quel était le nom de notre institution, pendant cette période.

Comme M. Zachariae von Lingenthal le constatait (6), Calocyre employait l'expression : τοῦ φαλκιδίου ἀγωγή . (7) mais, à notre avis, il désignait par là l'action en complément de la légitime et non la *querela inofficiosi testamenti*. Quant à cette dernière, il se servait de la terminologie traditionnelle : ὁ υἱὸς οὐ δύναται τὴν δεῖνα κινῆσαι κατὰ τῆς τοῦ πατρὸς διαθήκης (8).

(1) Ed. C.-E. Zachariæ von Lingenthal, *Jus gracco-romanum, pars*, 5, 1869.

(2) P. 215.

(3) C.-E. Zachariæ von Lingenthal, *Jus graeco-romanum, pars*, 1.

(4) Heimbach, *Prolegomena Basilicorum, lib.* 2, *cap.* 5, § 6, p. 214. Sous Constantin Porphyrogenète, on avait complété le texte des Basiliques, au moyen d'autres extraits, empruntés, eux aussi, aux jurisconsultes du VI^e^ siècle.

(5) C.-E. Zachariæ von Lingenthal, *Geschichte*, p. 31.

(6) *Geschichte*, p. 167, n. 524.

(7) *Basil.*, 39, 1, 57, Scol., 2 (t, 4, p. 40 et 41).

(8) *Basil.*, 39, 1, 8, Scol., 15 (t. 4, p. 12 et 13).

Ainsi, jusqu'à présent, nous avons constaté, chez les Byzantins, un remarquable souci de l'expression juste.

Une véritable confusion doit, au contraire, être signalée dans un passage de la πεῖρα (1) et dans une scolie moderne (2). Tandis que l'on appelle la *querela* : κατὰ τῆς διαθήκης ἐναντίωσις, nom réservé autrefois à la *bonorum possessio contra tabulas*, on désigne par le terme de μέμψις l'action en complément. S'il y eut là un changement de terminologie, il faut avouer qu'il ne fut pas heureux.

Changement de terminologie à part, il convient aussi de constater dans la πεῖρα, 25, 75, le mot ῥῆξις, rupture (3), que l'on ne trouvait jamais jusque-là, à propos du *testamentum inofficiosum* ; ce mot peut faire soupçonner une conception nouvelle, de telle sorte que l'idée d'une action indépendante, tendant à la rescision du testament contraire à l'*officium pietatis* aurait apparu, à peu près en même temps, en Orient et en Occident. Comme, cependant, ce passage de la πεῖρα paraît isolé et que Calocyre suivait la tradition, des doutes peuvent subsister à cet égard.

Ces doutes sont d'autant plus naturels, qu'il n'y a pas la moindre trace de ce changement de doctrine dans le *Manuale legum* en 6 livres ἑξάβιβλος, publié, aux environs de l'an 1345, par Constantin Harmenopule (4).

XII

En résumé, les commentaires byzantins présentaient une importance de premier ordre et, à partir du moment où l'Europe savante les connut, ils auraient dû inaugurer une ère nouvelle dans l'histoire de notre controverse.

On put croire qu'il en serait ainsi, lorsque Wigle van Aytta, né en 1507 près de Zwichem en Frise, Viglius Zuichemus eut publié, la même année, 1534, d'une part son édition de la Paraphrase de Théophile d'après un manuscrit provenant du cardinal Bessarion,

(1) 67, 2.

(2) *Basil.*, 35, 15, 18, Scol., 1 (t. 3, p. 623).

(3) Ἡ κατὰ τῆς διαθήκης αὐτῶν ῥῆξις κινεῖται καὶ ἀπωλεῖται.

(4) Edition G.-E. Heimbach, 1851, *lib.* 5, t. 6, p. 621.

d'autre part son commentaire sur les Institutes, dont Cujas faisait le plus grand cas (1).

Elève d'Alciat, docteur de Valence, Viglius enseignait les Institutes à l'Université de Padoue, lorsqu'il eut la bonne fortune d'acheter à Trévise un manuscrit contenant les livres 38, 39, 40, 41, 42, des Basiliques (2). La doctrine d'Etienne, dans l'introduction au l. 39, t. 1, le frappa et il la reproduisit (3).

Après Viglius Zuichemus, au contraire, nul, pendant bien longtemps, ne mit plus à profit les sources byzantines relatives à notre sujet, sinon le premier éditeur des Basiliques, Annibal Fabrot, professeur à l'Université d'Aix, éminent érudit du XVII^e^ siècle, trop oublié aujourd'hui, qui, dans une note sur un passage de Cujas, dont il éditait les œuvres (4), signala la doctrine du grand jurisconsulte de la Frise, sans le nommer, et l'opinion du scoliaste grec, *graecus interpres*, sur laquelle il s'appuyait (5).

(1) Voyez J. Flach, *Cujas, les Glossateurs et les Bartolistes* (*Nouv. Rev. hist.*, 1884, p. 212, n. 1).

(2) R. Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 1880, p. 225. Le manuscrit acheté par Viglius se trouve aujourd'hui à la Bibliothèque Nationale, fonds grec n° 1345.

(3) *D. Viglii Zuichemi jurisconsulti clarissimi commentaria in decem titulos Institutionum juris civilis*, Leovardiæ, 1643, *in tit de inoff. test., pr.*, n° 6, p. 267.

(4) *Cf.* Ch. Giraud, Notice sur la vie de C.-A. Fabrot, 1834.

(5) *Paratitla* in Lib. III *Codicis*, t. 28 *de inofficioso testamento*, *Cujacii opera*, *Prati*, 1843, t. 8, col. 704, note 10.

DAS KAPITEL : *TUA NOS*

DECRET. GREG. IX, L. IV. T. 1, c. 26

Von Dr **Friedrich THANER**, ord. Professor an der Universität Graz.

Diese Dekretale ist einem Schreiben des Papstes Innocenz III an den Bischof Bertold von Genf vom J. 1212 entnommen, in den Regesta Innoc. III, l. XIV num. 159, Migne P. L. t. 216 col. 520. Aus diesem Schreiben war sie schon in die Compilatio IV übergegangen, die mitsammt den Glossen des Johannes Teutonicus von dem Bischof von Lerida Antonio Agostino, Paris 1609, in den Collectiones Antiquæ Decretalium herausgegeben wurde, und steht hier als c. 1. l. IV t. I. p. 777, die Glossen p. 829. Nachstehend gebe ich den Dekretalentext nach der Ausgabe des Corpus jur. can. von E. Friedberg mit Varianten der Regesten Innocenz III und der drei Grazer Handschriften der Comp. IV, die E. Friedberg in Quinque compilationes antiquæ p. XXXIV und im Corpus jur. can. P. II col. XLVI anführt.

Tua nos duxit fraternitas consulendos. Et infra. Consequenter *autem* (1) quæsivisti, *ut* (2) cum quandam mulierem quidam aliter inducere nequivisset, ut sibi commisceretur carnaliter, nisi desponsasset eandem, nulla solemnitate adhibita vel alicuius præsentia dixit illi : « te Joannes desponsat », cum ipse Joannes non vocaretur, sed finxit se vocari Joannem non credens esse coniugium, eo quod ipse non vocaretur hoc nomine, nec haberet propositum contrahendi, sed copulam tantum exsequendi (3) carnalem : utrum inter prædictos sit matrimonium celebratum, cum mulier consenserit *et consentiat* (4) in eundem, et ille dissenserit et dissentiat, nec aliud quicquam egerit quam *quod* superius est ex-

(1) Die kursiv gedruckten Worte sind aus dem Registr. Innoc. III eingeschaltet.

(2) Dies scheint ein Fehler des Register zu sein.

(3) Der ursprüngliche Text war : *extorquendi*, ihn verlangt der Tenor des bischöflichen Berichtes, demzufolge der Mann, da keine Ehe geschlossen war, den Beischlaf nur widerrechtlich verlangen konnte; *exsequendi* war dagegen spätere Textes Emendation im Sinne des päpstlichen Responsum.

(4) Das Fehlen dieser Worte ist wohl nichts als ein Versehen der Abschreiber. Im Cod. Grac. III. 138(Dd. bei Friedberg) ist geschrieben *consenserit et* (dieses Wörtchen expungiert) *in eundem*. Der Kopist war offenbar daran *et consentiat* zu schreiben, vergass es aber, und nun musste auch das *et* getilgt werden ; im Cod. I. 374 (Db) fehlen die Worte, und eine solche Handschrift dürfte Raimund von Pennaforte vorgelegen haben ; in III, 106 (Dc) kommen sie vor. Sie sind wichtig, denn sie drücken aus, dass die Frau auch nicht zustimmen könnte indem sie Ehe wegen Dolus anfechten will.

pressum, nisi quod cognoverit (1) eandem. SUPER QUOD TIBI RESPONDEMUS quod cum praefatus vir prædictam desponsaverit mulierem in propria persona et (2) sub nomine alieno quo tunc (3) vocari se finxit et inter eos sit carnalis copula subsecuta, videtur (4) forte pro coniugio præsumendum, nisi tu nobis expresse scripsisses, quod ille nec proposuit nec consentit (5) illam ducere in uxorem; quod qualiter tibi constiterit non videmus. NOS AUTEM QUID IURIS SIT RESCRIBENTES *hoc* dicimus: quod si res ita se habuerit, videlicet quod ille eam non proposuit ducere in uxorem, nec unquam consensit in prædictam personam, non debet ex illo facto coniugium iudicari, cum in eo nec substantia coniugalis contractus nec *etiam* forma contrahendi coniugium valeat inveniri, quoniam ex altera parte dolus solummodo adfuit et defuit omnino consensus, sine quo cetera nequeunt foedus perficere coniugale.

Obiges Kapitel wurde schon im 13. Jahrhundert verschieden ausgelegt, und ist Ende des vorigen Jahrhunderts und zu Anfang des gegenwärtigen von einer Reihe von Kanonisten und Civilisten (6) in rascher Aufeinanderfolge neuerdings in Untersuchung gezogen worden; diese führte zu sehr verschiedenen Ergebnissen, was hauptsächlich daher rührt, ob der Auslegung die Willenstheorie oder Willenserklärungstheorie zu Grunde gelegt wurde. Wenn ich nun meinerseits abermals die berühmte oder vielmehr berüch-

(1) Der ursprüngliche Text lautete dem Rythmus der päpstlichen Urkunden gemäss: *cognovit. Cognoverit* ist eine spätere kursuswidrige Textes Emendation, worauf bei der Gelegenheit der Korrektur Herr J. Acher aufmerksam zu machen so freundlich war.

(2) *etsi* Reg.

(3) *tamen* Reg. und Comp. IV Grac.. Papst Innocenz III wollte sagen, dass der Mann ungeachtet des falschen Namens doch sich selbst bezeichnet hat; dieses bedeutsame Moment geht im Worte *tunc* verloren.

(4) *videretur* Reg. und Cod. Grac. I, 374 der Comp IV, dies passt zu *nisi* besser als *videtur*, gibt aber dem *forte* einem noch mehr zweifelnden Charakter. Johannes Teutonicus schreibt zu *videtur forte*: NON DUBITATIVE PROPONITUR; die Glossa ordinaria zu *forte*: QUIBUSDAM NON RECTE INTELLIGENTIBUS EST DUBIUM; SED RECTE INTELLIGENTIBUS NON EST DUBIUM. An der Ansicht Innocenz III ändert es nichts ob *videretur*, oder *videtur* gelesen wird.

(5) Offenbar korrumpiert aus *consensit.*

(6) *A. v. Scheurl* Das gemeine deutsche Eherecht, Erlangen 1882. S. 128. u. Archiv f. civ. Praxis, 78 (J. 1892), S. 340, *E. Sehling* Zeitsch. f. K. R. 20 (J. 1885), S. 39 ff. u. Zur Lehre von den Willesmängeln im kanon. Recht, Erlangen 1901. S. 25, *J. Freisen* Geschichte des kanonischen Eherechts, Tübingen 1888. S. 229. *J. Kohler* Jahrb f. die Dogmatik, 28 (J. 1889), S. 185. *A. Esmein* Le mariage en droit canon. Paris 1891, p. 305. *P. Hinschius* Arch. f. civ. Praxis, 83 (J. 1894), S. 329. ff.

tigte Stelle des kanonischen Rechts (A. von Scheurl, das gemeine deutsche Eherecht, S. 125) zu würdigen unternehme, so geschieht es nicht um den vielen Auslegungen eine neue hinzuzufügen, sondern um zu zeigen, dass all die vielen Auslegungen überflüssig sind, indem sie von einer falschen Anschauung über die Struktur des Kapitels ausgehen. Die in Frage stehende Dekretale Innocenz III besteht aus zwei deutlich von einander getrennten Teilen (I und II) ; die Anfangsworte des Schlusses von I und die ersten Worte von II sind von mir im Drucke besonders hervorgehoben. Es ergibt sich aus ihnen, dass I ein Responsum ist, d. i. ein auf Konsultation über einen bestimmten Rechtsfall vom Papst erteiltes Gutachten, nach Art der Responsa prudentium. Dagegen wird II vom Papst als Reskript bezeichnet ; indem es aber heisst « *rescribentes dicimus* » unterscheidet sich dieser Teil schon der Form nach wesentlich von den gewöhnlichen Reskripten, die in feststehender Form auf das Wort « *mandamus* » bez. « *per apostolica scripta* (*præcipiendo*) *mandamus* » lauten und delegierten Richtern oder andern kirchlichen Beamten den Auftrag erteilen in einem konkreten Falle nach Weisung vorzugehen. Was den Inhalt von II betrifft, so wird später davon zu handeln sein. Zwischen I und II stehen die verbindenden Worte (V) « *nisi tu* » bis « *non videmus* » aus denen hervorgeht, dass der fragestellende Bischof sich schon zuvor eine Meinung über den Fall gebildet hatte, die dem päpstlichen *Responsum* widersprach, dass sie aber der Papst nicht als begründet anzusehen vermochte.

I

Im ersten Teile gibt der Papst sein Gutachten dahin ab, dass nach dem Berichte des Bischofs eine Vermutung für Ehe bestehe, denn der Mann, ich will ihn Arthur (A) nennen, hat die Frauensperson Bertha (B) desponsiert, d. h. er hat ihr die Eheschliessungserklärung abgegeben, und darauf ist der Beischlaf zwischen ihnen erfolgt. Für die Frage, ob dies Responsum richtig sei, kommt alles darauf an, ob wirklich Desponsation stattgefunden habe. Die alten Kanonisten, wie Johannes Teutonicus, Henricus de Segusia (Hostiensis) urteilen, dass mit den blossen Worten : *Te Johannes desponsat* keine Eheschliessung gegeben sei, und läge nichts weiter vor, als dass A die drei Worte gesprochen hat, so würde Johannes

Teutonicus mit Recht sagen, dass sie entweder überhaupt nichts heissen, oder dass irgend etwas anderes gedacht sein müsse als gesagt ist : per verba illa nihil dicitur aut aliquid aliud concipitur quam vox significet, in Glosse zu c. *Tua nos* (Comp. IV. lib. IV, 1, c. 1), die wenige Jahre nach der Comp. IV geschrieben ist. Was dabei gedacht ist, darauf kann man in solchem Fälle nur raten. Noch energischer drückt sich Hostiensis in einem Paragraphe seiner langen Erörterung unserer Dekretale aus, in der zwischen 1250 und 1261 verfassten Summa super titulis decretalium f. 262ᵛ sq. Vorauszuschicken ist, dass Hostiensis davon ausgeht, ob die Eheschliessung des A unter oder dritter Person erfolgte und in letzterem Falle, ob sie in der Form der Antwort auf die Frage eines Dritten (1) vor sich gieng, oder ohne Zutun eines Dritten. Dass der Name fingiert ist, lässt er unbeachtet ; da er das Paar Guilelmus und Gemma benennt, so spricht er nur von Guilelmus Gemmam accipit in uxorem oder Guil. consentit. Wenn nun A unabhängig von der Frage eines andern die Desponsationsworte in 3ᵉʳ Person zu B spricht, so treibt er, sagt Hostiensis, nur Gespött mit ihr ; ebenso gut könnte er zu ihr sagen : Arma virumque cano ; und es tut nichts zur Sache, dass er die B betrügen wollte, denn der Betrug war so handgreiflich, dass die B sich vielmehr selbst übertölpelt hat. Wollte sie etwa gegen die Ehe die *exceptio doli* einwenden, so könnte ihr A mit der Replik der *lata culpa* entgegentreten. Die Ausführungen des Johannes Teutonicus, wie des römischen Kardinals, bewegen sich, wie man sieht, innerhalb der Willenserklärungstheorie, aber in sehr einseitiger Weise. Der Papst dagegen gieng viel gründlicher vor, und richtete seine Aufmerksamkeit nicht blos auf die Worte sondern auf das ganze Verhalten des A vor und nach der Ehe, und auf die Beziehungen, die zwischen A und B bestanden. Arthur von den Reizen der Bertha ganz umstrickt wollte um jeden Preis in ihren Besitz gelangen, und stellte ihr wiederholt Zumutungen, die sie standhaft zurückwies ; nur wenn er sie heirate, werde sie ihm zu Willen sein. Auf das hin sprach A zu B die bekannten Worte, B stimmte natürlich zu, und die *copula carnalis*, zu der nun beide Teile übereinstimmten, folgte

(1) Ueber die Eheschliessung « *per interrogationes* », s. *Fr. Brandileone*, Saggi sulla storia della celebrazione del matrimonio in Italia. Milano 1906, n. IV.

nach. Der Papst sah in diesen vom Bischof berichteten Tatumständen eine Eheschliessung, und er fand, dass in dem Satze : *Te Johannes desponsat* Gedanke und Wort übereinstimmen. Denn jedenfalls hatte A die Absicht in B die Meinung hervorzurufen, dass er sie eheliche, und nachdem sie Desponsation zur Bedingung gemacht hatte, war das Wort « desponsat » nicht ungeeignet in ihr jene Meinung zu erwecken, zumal wenn man erwägt, dass sie als Frau das Drängen von Seite des A einmal los sein wollte. Die Worte des A hatten auch den beabsichtigten Erfolg. B willigte in Ehe und Beischlaf. Nun genügt es aber nicht bloss die Meinungen des A und der B zu kennen, es muss die Tat der Willenserklärung festgestellt sein. Auch diese ist vorhanden, denn A musste, um zur *copula* zu gelangen, Worte gebrauchen, die eine Einwirkung auf die Rechtsordnung ausdrücken, und dadurch mittelbar Rechtswirkung hervorbringen, im vorliegenden Falle gebrauchte er Worte, die die B, wenn sie zustimmte, zu seiner Ehefrau machten. Die beiderseitigen Erklärungen waren im Banne der Rechtsordnung abgegeben ; der Papst fasste sie somit als richtige Willenserklärungen, als wahre Eheschliessung auf. A hat die Eheschliessung wider Willen, B gerne gewollt.

Ich habe früher bemerkt dass Hostiensis von der Fingierung des Namens Johannes absieht, auch die Glossa ordinaria erwähnt sie nicht ; allem Anschein nach ist sie aber unter der Protestatio verstanden, von der schon Johannes Teutonicus spricht, worauf weiter unten zurückzukommen ist. Innocenz III liess sich durch sie in seinem Responsum nicht irre machen ; es genügte ihm, dass A mit dem Namen Johannes nicht einen Dritten, sondern sich selbst bezeichnet hat. Es ist somit ausser Zweifel gestellt, dass Innocenz III der Mentalreservation an sich nicht die Wirkung beilegte das Zustandekommen einer Ehe zu verhindern. Dies ist um so bemerkenswerter, als die Beilegung des falschen Namens in der auf dritte Person lautenden Desponsation eine eigenartige, raffinierte Mentalreservation darstellt. Bei der gewöhnlichen Mentalreservation lässt der unehrliche Kontrahent das Rechtsgeschäft mit allen seinen Rechtswirkungen ohne weiteres zustande kommen; die Mentalreservation ist dabei nichts als das ausserhalb der Rechtsordnung stehende Vorhaben, sich eigenmächtig der eingetretenen Rechtswirkung zu entziehen, z. B. das geschuldete Darlehen nicht rechtzeitig zurückzuzahlen, oder selbst die

Exekution mit List oder Gewalt zu vereiteln. Solchem geistigen Vorbehalt nützt es nichts, dass er in die Aussenwelt tritt und dem Mitkontrahenten bekannt wird. Er ist gleichwohl nicht in die Rechtswelt eingetreten, er steht in rechtsleerem Raume, und ist daher juristich nichtig, so wie Worte, die in luftleerem Raume gesprochen sind, physikalisch nichtig sind (1). Das Vorhaben des Arthur war aber sicherlich ein anderes, er wollte offenbar, nach dem er in den Besitz der B gekommen ist, von der Ehe wieder frei werden. Zu dem Behufe hatte er ja die Desponsation in die 3te Person gekleidet, um hinterher die Eheschliessung wegen Mangels der Form als nichtig erklären zu lassen. Um seinen Plan auszuführen, rechnete er also auf die Mithilfe des Gerichtes, er wollte die Rechtsordnung für seinen Zweck verwenden. Aber er vergass, dass auf Grund einer und derselben Erklärung die Ehe nicht zugleich gültig und ungültig sein kann ; sein Vorbehalt lief also doch auf nichts anderes hinaus, als seine rechtmässige Ehefrau eigenmächtig zu verlassen, nur meinte er sich durch Ueberlistung des Ehegerichts den Schein des Rechts verschaffen zu können. Darin hat er sich aber beim Papste verrechnet; dieser urteilte über das Faktum, so wie es *Lo Codi* in der lateinischen Uebersetzung des Ricardus Pisanus (herausgegeb. von H. Fitting ; Halle a. S. 1906) um die Mitte des 12ten Jahrhunderts vorschrieb L. IV. 34. « *Plus valet quod in veritate quam quod factum est cum figmento* ». Wenn man hier für die geschriebenen Worte (carta) gesprochene Worte einsetzt und für *mercatum* « *matrimonium* », so passt die Stelle vollkommen auf unseren Fall : *si carta dicit alio modo quam factum sit mercatum, tamen ideo non debet credi, nisi sicuti negotium factum sit, si verum poterit ostendi alio modo.*

Die Vermutung spricht fuer Ehe.— Das ist der kurze Sinn von I. Hätte Raimund von Pennaforte nach « *praesumendum* » einen Schlusspunkt gesetzt und alles übrige weggelassen, das kanonische Eherecht hätte dadurch wahrlich keine Einbusse erlitten,

(1) Dass auch § 116, Satz 2, des *deutschen bürg. Gesetzb.* über den geheimen Vorbehalt nur mit Beschränkung zu verstehen ist, s. *H. Dernburg* Das bürgerliche Recht³. I, 476, n. 5. Wenn also auch B in unserem Falle die Absicht des A durchschaute, so konnte sie doch denken, wenn sie nur einmal seine Frau sei, so werde ihm schon die Lust zu galanten Abenteuern vergehen.

der Rechtslitteratur wäre aber viel Zweifel und Irrtum erspart geblieben.

II

Im Reskript (II), auf dessen Inhalt ich nunmehr eingehe, will der Papst sagen, was Rechtens sei, wenn A weder die Absicht hatte noch den Konsens erklärt hat, die B zur Frau zu nehmen. Was der Papst da auseinandersetzt, ist so allgemein gehalten und ist alles so selbstverständlich, dass man sich fragen muss, warum er es überhaupt geschrieben hat (1).

Aus den verbindenden Worten (V) können wir es entnehmen· Der Bischof von Genf ging steif und fest von der Ansicht aus « *quod ille* (A) *nec proposuit nec consenserit illam* (*B*) *ducere in uxorem.*» Aber B hatte die Absicht und den Konsens den A zum Manne zu nehmen. Ist da nicht, so mochte er denken, vielmehr der Konsens des schuldlosen Teiles ausschlaggebend, als der Dissens des Betrügers ?

Gegen diesen Zweifel ist die Ausführung des Papstes gerichtet—rein theoretisch — ohne dass er das Faktum selbst zugegeben hätte. In letzter Hinsicht weiss er sich im Gegensatz zum Bischof, was er mit dem Worte « *autem* » (*tamen*) : *Nos autem quid juris etc,* andeutet. Die Verbindung von I und II ist im Sinne des päpstlichen Schreibens in folgender Weise auszudrücken : Mein Gutachten geht dahin, dass auf Ehe zu vermuten ist, ausser wenn die beiden Elementarvoraussetzungen fehlen würden, von denen ich dabei ausgehe : *propositum* und *consensus* des A, von denen du aus Gründen, die mir nicht bekannt sind, behauptest, dass sie in der Tat nicht vorhanden waren. *Si res ita se habuerit..... non debet ex illo facto coniugium iudicari.* Die Entscheidung II ist also nur eine bedingte ; tritt die Bedingung nicht ein, so bleibt es bei der Entscheidung I.

(1) Wenn man von dem autoritativen Charakter des Reskriptes absieht, und es nur als Antwortschreiben betrachtet, so wäre ihm allerdings nicht jede praktische Bedeutung abzusprechen.

A hätte es vorgezogen in den Besitz der B auch ohne Ehe zu gelangen, so versuchte er es nun mit einer List. Gelang ihm diese, so hatte er sein Ziel erreicht und blieb doch Junggeselle, wenn nicht, so wurde er Ehemann wider Willen ; er liess es also auf die Entscheidung des Richters ankommen. Dann hat aber doch auf seiner Seite nicht ausschliesslich (*solummodo*) Dolus geherrscht und der Konsens ganz und gar (*omnino*) gemangelt. Das gibt der Papst dem Bischof zu überlegen.

Das Faktum, das für II die Bedingung ist, ist nicht das Faktum, das für I die Grundlage bildet. Wenn aus diesem Absicht und Konsenserklärung des A ausgeschieden werden, so bleibt nur die Hälfte übrig, die die B betrift; aus diesem halben Faktum kann freilich nicht auf Ehe erkannt werden. Im Faktum von II haben wir nur eine Hypothese vor uns, in der Entscheidung II nur einen allgemeinen juristischen Lehrsatz. Das Responsum (I) und das Reskriptum (II) widersprechen sich nicht, da jenes von einem wirklichen Falle, dieses nur von einen angenommenen handelt.

III

Dieser Sachverhalt ist aber von jeher total verkannt worden. Sowohl die Kanonisten des M.A. als die neueren Schriftsteller erblicken zwischen I und II einen direkten Widerspruch. Von jenen wäre vielleicht nur Johannes Teutonicus auszunehmen; denn in seinem Kommentare zur Comp. IV gibt er zu unserer Dekretale aus II nur eine kurze unbedeutende Glosse zu den Worten « *nec forma* ». Von den neueren Schriftsteller hat A. Esmein, *Le mariage en droit canonique I*, dem Gegensatze zwischen dem Responsum und dem Reskripte den präcisesten Ausdruck gegeben; er spricht (p. 305) von einer *double décision*, und (p. 306) heisst es, dass der Papst die erste in der zweiten zurückweise « *Innocent III repousse cette solution* ». Die Ursache dieser Erscheinung liegt in den Worten « *ex illo facto* ». Sie werden von allen, ohne Ausnahme, auf das in I berichtete Faktum bezogen.

Für die Kanonisten geistlichen Standes war es nun ein schwer zu ertragender Gedanke, dass der Papst in der nämlichen Dekretale zwei wiedersprechende Entscheidungen getroffen habe, aber auch modernen weltlichen Schriftstellern, insbesondere einem Verehrer des grossen Papstes Innocenz III, wie J. Kohler (1), musste solcher Widerspruch befremdend erscheinen. Daher werden Versuche unternommen, den Gegensatz, der diesmal wirklich nur ein vermeintlicher war, auszugleichen, und so sehen wir in unserer modernen Zeit die alte scholastische Distinktionsmethode wieder in Anwen-

(1) Ein abweichendes Urteil über Innocenz III. aus dem 13ten Iahrh. s. *Schulte* Gesch. der Quellen II, 130, n. 7.

dung kommen. Der Erfolg ist der nämliche, d.h. die von den Autoren unternommenen Lösungen sind unter sich verschieden ; ja es konnte der nämliche Autor einmal diese, später eine andere Lösung versuchen. Die von der Glosse und der Schule akceptierte Lösung beruht auf der Distinktion zwischen *forum iudiciale* (I) und *forum pœnitentiale* (II) ; dass diese Interpretation etwas gezwungenes hat, wurde schon von A. Esmein a. a. O. bemerkt. Was hätte A auch beichten sollen ? Dass das von ihm beabsichtigte, und wornach ihn gelüstete, nicht die Ehe, sondern der Geschlechtsgenuss war, stand ja schon in dem Berichte des Bischofes, und wie es sich mit der Konsenserklärung verhielt ,das hieng nicht einfach von seinem Geständnisse ab. Der Hauptfehler war aber, dass dadurch das *forum pœnitentiale*, der Beichtstuhl, für zuständig erklärt wurde, nicht blos über Sünde zu richten, sondern auch über den äussern Rechtsbestand der Ehe zu erkennen. So schreibt Hostiensis, der gleichfalls die angegebene Distinktion vertritt, *quamvis alii aliter intelligant*, im Schlussparagraphe seiner Erörterung : *Ubi vero causa decipiendi et tantum carnalem copulam extorquendi consentit aliquis in aliquam* (liege keine Ehe vor, daher, so setzt der Text unmittelbar fort) « *si deceptor veram vult agere pœnitentiam, necesse habet illam sine fictione aliqua ducere in uxorem, vel si hoc non potest fieri, debet ei dare virum convenientem vel aliter satisfacere* ». Verwandt mit dieser Auffassung ist die Unterscheidung, die Hinschius zwischen rechtlicher Praesumptio facti in I und theologischer Argumentierung in II aufstellt, wornach die Ehe zwischen A u. B als Sakrament negiert wird. E. Sehling unterscheidet in seinem ersten Aufsatze zwischen Mentalreservation, die intern geblieben ist : I, und solcher die bekannt wurde : II ; in dem zweiten zwischen unbewiesener I und bewiesener Mentalreservation II, und so schon vor ihm J. Freisen Gesch. des canon. Eherechtes S. 231. Wieder einen andern Versuch machte J. Kohler mit der Unterscheidung zwischen ehemässigem Verhalten des Paares A und B und nicht ehemässigem Benehmen derselben ; im ersten Falle entsteht aus Verlöbnis und copula die Praesumptio facti von I ; im letztern Falle nicht.

Dies könnte aber höchstens für die Zeit Innocenz III gelten ; für die Zeit nach Gregor IX nicht mehr, denn von da an hiess es : *carnis copula verba de futuro trahit ad praesens tempus praesump-*

tive, et de expresso dissensu consensum facit. (Hostiensis l. c.). Allein abgesehen von der Unbestimmtheit (1) des konkludenten Verhaltens scheitert Kohler's Versuch schon daran, dass hier nicht ein Verlöbnis in Frage steht, wogegen sich bereits Hinschius in oben citiertem Aufsatze (S. 322 n. 4) ausgesprochen hat. Unter *Desponsatio* schlechthin ist nicht *Desponsatio de futuro* zu verstehen, sondern *Desponsatio de praesenti* ; der Titel *de clandestina desponsatione* hat nur Fälle der Eheschliessung und IV 4, c. 5. versteht unter *desponsare* nur Eheschliessen; vgl. auch E. Sehling, Die Unterscheidung der Verlöbnisse (S. 104) über die *desponsatio canonica, quae in praesens concipitur*, im Gegensatze zur *desponsatio legalis* (Verlöbnis). Es hat endlich auch die *copula carnalis* nicht die Tragweite, die ihr Kohler beilegt. Sie hat wohl Bedeutung für die Auslegung der Desponsationsworte, aber als selbstständigem Faktum hat ihr schon der Bischof in seinem Berichte wenig Gewicht beigelegt. Von A ist weiter nichts geschehen ausser, dass er die B erkannt hat : so schliesst der Bericht.

Die besprochenen Vermittlungsversuche sind als misslungene zu betrachten ; es würde aber auch neuen nicht besser ergehen, ausgesprochene Gegensätze, Ja und Nein, lassen sich nicht vereinigen. Derartige Versuche können de lege ferenda von Wert sein, aber rechtsgeschichtlich sind sie unhaltbar; für das Kapitel «Tua nos » überdies, wie ich nochmals wiederhole, durchaus überflüssig.

IV

In der verbindenden Stelle (V) kommen die Worte vor : *quod qualiter tibi constiterit, non videmus*; die Schriftsteller verstehen dies einstimmig in dem Sinne : wie du das erfahren hast, sehen wir nicht. Sie können aber auch besagen: Wie du zu der Ueber-

(1) Es soll das Verlöbnis nur massgebend sein, wenn es öffentlich geschah ; ausserdem käme es auch auf die Vertrauenswürdigkeit der Verlobten an. In letzterem Punkte begegnen sich die Ausführungen des italienischen Kardinals im 13ten und des deutschen Professors im 19ten Jahrh. Von beiden wird der Bertha übel mitgespielt. Während aber jener ihre Intelligenz sehr gering einschätzt, zieht dieser ihren sittlichen Charakter arg in Zweifel ; sie sei eine leichtfertige Person gewesen, die sich viel zu voreilig mit dem Arthur eingelassen habe.

zeugung gekommen bist, sehen wir nicht. Dies scheint mir nun in der Tat der Sinn der Worte zu sein ; denn andere Tatsachen als die in der Narratio facti enthaltenen sind nach den Schlussworten des Berichtes nicht vorgefallen. Ferner sieht man schon aus diesem, dass der Bischof aus dem Tatbestande nur die Schlussfolgerung zog, « *quod ille* (A) *nec proposuit nec consensit illam ducere in uxorem* ». Der Bischof mag in Folge seiner philosophischen oder theologischen Anschauung über das Wesen der Ehe, oder als Anhänger der reinen Willenstheorie zu seiner Ueberzeugung gelangt sein. Es ist aber noch eine Möglichkeit vorhanden, auf die ich nun noch eingehen will. Der Bischof von Genf legte offenbar Gewicht darauf, dass die Desponsation geschehen war, *nulla solennitate adhibita vel alicujus praesentia*, also mit Umgehung der Oeffentlichkeit. Diese Worte halte ich für um so bedeutsamer als gerade in der gallikanischen Kirche, zu der das Bistum Genf gehörte, schon vor dem 4ten Lateran Konzile des Jahres 1215 das Aufgebot eingeführt war (Decr.Greg. IX, 4, 1. c. 27, pars decisa), und als dies auch an andern Orten der Fall war, z. B. in England, durch die Synode von Westminster im J. 1200 c. 11), Hefele Konziliengeschichte[2] V 797. Ich will daraus nicht folgern, dass der Bischof schon deshalb die Desponsationserklärung des A für ungültig gehalten habe, wohl aber, dass das Erfordernis der Oeffentlichkeit auf seine Auslegung der betreffenden Worte von Einfluss war. Es bestärkt mich darin die Glosse, die Johannes Teutonicus zu dem Worte « *desponsavit* » verfasste, und in der die Worte enthalten sind : *Sed quid si protestetur et dicat, quod omnia quae dicet vel faciet, non facit animo contrahendi matrimonium, sed postea publice dicat* : « *consentio in te* », *in eo casu potius recurrimus ad communem intelligentiam verborum quam ad intellectum, supra de sponsalibus* : *Ex litteris, et hoc ideo, quia talia verba non possunt deservire suae intentioni* ».

Johannes Teutonicus will also sagen : wenn jemand mit einer unzweideutigen Erklärung (*ego consentio in te*) einen Sinn verbindet, der ihr widerspricht, so wird dieser nicht beachtet. Er sagt freilich : wenn die Erklärung *publice* abgegeben ist, allein es ist nicht einzusehen, warum das nämliche nicht auch bei einer Privaterklärung gelten soll. Die Worte : « *si publice dicat* », können daher nur so zu verstehen sein, dass wer vor der Oeffentlichkeit eine Erklärung abgibt, sie mit unzweideutigen Worten aussprechen wird. Es wird

vor den Leuten, die vor der Kirchenthüre versammelt sind, niemand sagen : « *Te Johannes desponsat* » ; es würden sich da alle fragen, was das heissen soll, und kopfschüttelnd auseinander gehen. In solcher Erwägung konnte der Bischof folgern : Hier zu Lande (1) werden die Ehen nur in unzweideutigen Worten geschlossen, die keinen Zweifel aufkommen lassen; die Desponsationserklärung des A ist aber sehr zweideutig gehalten, also liegt überhaupt keine Ehekonsenserklärung vor und B war, streng genommen, nicht berechtigt sie als gegeben anzusehen. Daraus würde sich auch erklären, warum der Bischof so wenig Gewicht auf die *copula subsecuta* legt. Für den Papst waren dagegen derlei Bedenken nicht vorhanden, für ihn waren die *matrimonia clandestina* ebenso Ehen wie die *publice contracta*; es konnten daher die Ehen in beliebigen noch so zweifelhaften Worten geschlossen werden, wenn sich nur die Eheschliessung sonst aus den Umständen ergab. Aus dieser grundsätzlichen Verschiedenheit der beiderseitigen Rechtsanschauung erklärt sich das päpstliche *non videmus* ».

(1) Ueber französischen Eheschliessungsritus im 10ten und 11ten Jahrh, s. *F. Brandileone* p. 536, n 2. Vgl. hiezu die von *A. Esmein* I p. 179 n. 3 aus Hostiensis abgedruckte Stelle. Auch hier ist nicht sowohl die Frageform als die Oeffentlichkeit das massgebende. Wenn ein anderer als der Priester die Frage stellt, muss erst noch die copula carnalis folgen.

ADDITIONS ET CORRECTIONS

p. 1 à 25, et p. 37 à 58. Dans les notes des articles de M. Appleton et de M. Audibert, la lettre *æ* est imprimée d'une façon aussi constante que fautive *œ*.

p. 6, note 1, ligne 3. Au lieu de toit, lisez toit.

p. 7, ligne 17. Au lieu de pairait, lisez paierait.

p. 8, note 4, ligne 3. Au lieu de dûe, lisez due.

p. 9, ligne 4. Au lieu de eut-il, lisez eût-il.

p. 11, ligne 17. Au lieu de rais, lisez frais.

p. 11, dernière ligne. Au lieu de qu'à, lisez qu'a.

p. 14, ligne 3. Au lieu de choryphées, lisez coryphées.

p. 20, ligne 15. Au lieu de eut, lisez eût.

p. 23, dernière ligne de la note. Au lieu de *esciscundæ*, lisez *erciscundæ*.

p. 25, lignes 8 et 9. Au lieu de *non exciperetur*, lisez *omiserit doli exceptionem*.

p. 29, note 2, ligne 1. Au lieu de teo rica, lisez teorica.

p. 38, ligne 11. Au lieu de tout, lisez toute.

p. 46, note 2, ligne 1. Au lieu de *acce perim*, lisez *acceperim*.

p. 48, ligne 11. Au lieu de hypothèse, lisez hypothèses.

p. 61, ligne 4. Effacez le point après ignorées.

p. 61, ligne 5. Après allusion, remplacez la virgule par un point.

p. 63, première ligne. Effacez la virgule après également.

p. 65, ligne 12. Effacez la virgule après joignant.

p. 70, ligne 11. Au lieu de diplomatique, lisez diplomatiques.

p. 73, lignes 8 et 7 d'en bas. Au lieu de celle qui peut être qualifié d'étrangère, lisez celui qui peut être qualifié d'étranger.

p. 79, note 1, dernière ligne. Au lieu de ça n'est, lisez ce n'était, et remplacez, à la fin de la phrase, la virgule par un point.

p. 81, ligne 22, et p. 82, lignes 4 et 5. Au lieu de Alfonse, lisez Alphonse.

p. 130, ligne 20. Au lieu de kalendes, lisez calendes.

p. 132, ligne 6. Au lieu de facheuse, lisez fâcheuse.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

Adresse VII

Liste des souscripteurs XI

Liste des associés XV

Bibliographie des œuvres de M. le Professeur Hermann FITTING XVII

Ch. APPLETON. La loi *Ex parte* et la quatrième leçon de Dumoulin à Dôle 1

C. ARNO. Di una interpolazione certa nella c. 4 *de periculo et commodo rei venditae* (Cod. 4, 48) 27

A. AUDIBERT. L'expression « *civilis in factum* », son caractère byzantin 35

R. ALTAMIRA. Les lacunes de l'histoire du droit romain en Espagne 59

E. BESTA. Le glosse di Monteprandone e di Pesaro al Codice giustinianeo 85

Fr. BRANDILEONE. La *stipulatio* nelle carte italiane del medio evo. 101

B. BRUGI. *Hereditatis petitio de inofficioso* secondo i contemporanei di Giustiniano 113

E. CAILLEMER. Henri de Sartines, official de la Cour de Lyon au XIII^e^ siècle et sa bibliothèque 125

R. CAILLEMER. Un fragment de *positiones* en cour d'église dans la seconde moitié du XIII^e^ siècle 153

A.-J. CARLYLE. The theory of the source of Political Authority, in the Mediaeval Civilians to the time of Accursius 181

E. CHÉNON. Le droit romain à la *Curia Regis* de Philippe-Auguste à Philippe le Bel 195

L. Chiappelli. Frammenti del Digesto ed una raccolta di definizioni in una collezione canonica de principio del secolo XII°..... 213

F. Ciccaglione. Il diritto romano nelle consuetudini delle città di Sicilia.. 231

E.-C. Clark. *Jus* and *Lex*..... 241

G. Cornil. La protection possessoire dans les *leges romanae barbarorum*..... 255

M. Conrat. Zur Kultur des Römischen Rechts im Westen des Römischen Reichs im vierten und fünften Jahrhundert nach Christi..... 287

J. Duquesne. La contexture générale de la *cautio judicatum solvi*. 321

A. Esmein. L'unanimité et la majorité dans les élections canoniques..... 355

J. Flach. Le droit romain dans les chartes du IX^e^ au XI^e^ siècle. 383

P. del Giudice. Sulla questione della unità o dualità del diritto in Italia sotto la dominazione ostrogota..... 423

E. Jobbé-Duval. La nature de la *querela inofficiosi testamenti* selon les jurisconsultes byzantins..... 437

Fr. Thaner. Das Kapitel *Tua nos*, Decr. Greg. IX. l. IV. t. I, c. 26..... 465

Additions et corrections..... 479

Table des matières..... 483

MONTPELLIER.— SOCIÉTÉ ANONYME DE L'IMPRIMERIE GÉNÉRALE DU MID

3 2044 017 964 628

RETURNED TO THE LIBRARY ON
BEFORE THE LAST DATE STAMPED